

### ผู้ทรงคุณวุฒิในกองบรรณาธิการ

1. อาจารย์กอรปฎกุล วินิจฉัยภาค สำนักงานอัยการสูงสุด
2. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) คณิง ฤไชย บริษัทสำนักงานกฎหมาย คณิง แอนด์ พาร์ทเนอร์ จำกัด
3. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. รองศาสตราจารย์จันตรี สิ้นศุภฤกษ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
5. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิศารัตน์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
7. รองศาสตราจารย์ ดร.ณัฐ สันตสว่าง มหาวิทยาลัยรามคำแหง
8. รองศาสตราจารย์ณรงค์เดช สุรโฆษิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
10. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
11. รองศาสตราจารย์ทัชชมัย ทองอุไร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
12. ดร.ธนกฤต วรธนัชชากุล สำนักงานอัยการสูงสุด
13. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล มหาวิทยาลัยอีสต์สัมชัญ
14. อาจารย์นันทิ จิตสว่าง สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
15. อาจารย์นิรุฒ มณีพันธ์ บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน)
16. อาจารย์ประภาศ คงเอียด กระทรวงการคลัง
17. อาจารย์ประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์ ศาลยุติธรรม
18. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ปัญญา สุทธิบัติ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
19. อาจารย์ ดร.พนิต ธีรภาพวงค์ กระทรวงการคลัง
20. อาจารย์ ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ กระทรวงการคลัง
21. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
22. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พิณจันท์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
23. รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
24. อาจารย์วรวุฒิ ทวาทคิน ศาลยุติธรรม
25. ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยนันท์ทกะ ศาลยุติธรรม
26. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
27. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์ สำนักงานอัยการสูงสุด
28. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พิณจิวดล จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
29. อาจารย์สมชัย ธีฆาอุตมากร ศาลยุติธรรม
30. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช มหาวิทยาลัยรามคำแหง
31. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลป์กุล มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
32. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
33. อาจารย์ ดร.สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร นักวิชาการอิสระ
34. อาจารย์สรารัฐ เบญจกุล ศาลยุติธรรม
35. อาจารย์สอนชัย สิริวิทยกุล ศาลยุติธรรม
36. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
37. อาจารย์ ดร.สุมาพร ศรีสุนทร กระทรวงการคลัง
38. อาจารย์สุบุญ วุฒิม่วงค์ ศาลยุติธรรม
39. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ มหาวิทยาลัยขอนแก่น

## วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการและบทความวิจัยหนังสือในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความในสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่ง กลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือนักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ เพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม วารสารฯ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความวิจัยหนังสือซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

## วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางการวิจัยของบุคคลภายใน และภายนอกมหาวิทยาลัยในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย นักศึกษาได้นำผลงานวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง และพัฒนาการของกฎหมายรวมถึงเป็นป่อเกิดของกฎหมาย

## สภานายกสภามหาวิทยาลัย

เนื่องในโอกาสเปิดภาคการศึกษาใหม่ ประจำปีการศึกษา 2558 ในนามของสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอต้อนรับนักศึกษาทุกท่านด้วยความยินดียิ่ง ขอให้นักศึกษาจงภูมิใจที่ได้มีโอกาสเข้ารับการศึกษเล่าเรียน ณ มหาลัยรามคำแหงแห่งนี้ ขอให้นักศึกษาทุกคนให้ความสำคัญกับการเรียนรู้ทั้งในสาขาของตนรวมถึงความรู้ในสาขาอื่น ไม่ว่าจะเป็นด้านวิชาการ ด้านคุณธรรมจริยธรรม จากในห้องเรียน และนอกห้องเรียน เพื่อที่จะเติบโตเป็นบัณฑิตที่มีคุณภาพ และเป็นกำลังสำคัญที่จะพัฒนาประเทศชาติให้เจริญก้าวหน้าต่อไป



ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการพรให้ศิษย์ใหม่และศิษย์ปัจจุบันทุกท่าน มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง มีความมุ่งมั่นในการศึกษเล่าเรียน พัฒนาตนเองและประสบความสำเร็จในการศึกษาตลอดไป

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิรัช ชินวินิจกุล)  
สภานายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

## สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหงขอชื่นชมที่คณะนิติศาสตร์จัดทำวารสารมหาวิทยาลัยรามคำแหงฉบับนิติศาสตร์ขึ้น ปีละ 2 ฉบับ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวได้ก้าวสู่ปีที่ 4 แล้ว ฉบับนี้เป็นฉบับแรกของปี 2558

การที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้จัดทำวารสารมหาวิทยาลัยรามคำแหงฉบับนิติศาสตร์ขึ้น เพื่อเป็นการส่งเสริมสนับสนุนให้คณาจารย์ บุคลากร และนักศึกษาทั้งภายในมหาวิทยาลัยรามคำแหงและภายนอกมหาวิทยาลัยได้เสนอผลงานทางวิชาการและการวิจัย ในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาที่เกี่ยวข้องเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความ และเพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารการพัฒนากฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานต่างๆ ทั้งภาครัฐและเอกชนทั่วไปนั้น นับว่าเป็นกิจกรรมทางวิชาการที่ก่อเกิดประโยชน์ยิ่งแก่นักวิชาการ นักกฎหมาย นักศึกษา ตลอดจนผู้สนใจองค์ความรู้ทางกฎหมายทั่วไป

มหาวิทยาลัยขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์และบุคลากรทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำวารสารมหาวิทยาลัยรามคำแหงฉบับนี้ ตลอดจนการให้ความร่วมมือ ร่วมแรงร่วมใจ สนับสนุนการดำเนินงานและกิจกรรมต่างๆ ของมหาวิทยาลัยอย่างต่อเนื่องเสมอมา

ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์ทั้งหลาย รวมทั้งอำนาจเดชะबारมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราชโปรดอำนวยการให้คณะผู้บริหาร คณาจารย์ ศิษย์เก่าและศิษย์ปัจจุบันของคณะนิติศาสตร์ รวมทั้งคณะผู้จัดทำวารสาร ประสบแต่ความสุขความเจริญ คิดหวังสิ่งใดขอให้สมปรารถนาทุกประการ



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

## สารคนบตีคณนะนิตีศาสตร์

ขอต้อนรับนักศีกษาใหม่มหาวิทยาลัยรามคำแหงประจำปีการศึกษา 2558 ทุกคน การเข้ามาศีกษาในระดับอุดมศีกษาถือเป็นอีกก้าวหนึ่งที่มีความสำคัญในชีวิต ขอให้นักศีกษาใหม่ทุกคน เรียนรู้และมีความสุขกับการใช้ชีวิตในรั้วมหาวิทยาลัย จัดสรรเวลาให้เหมาะสม ตลอดจนมีความพากเพียรที่จะแสวงหาความรู้ เก็บเกี่ยวประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์ในรั้วมหาวิทยาลัยแห่งนี้ไปใช้เพื่อพัฒนาตนเอง พัฒนาสังคม และ พัฒนาประเทศชาติ



ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการพรให้ศิษย์ใหม่และศิษย์ปัจจุบัน ประสบแต่ความสุข ความเจริญ ประสบความสำเร็จในการศีกษาเพื่อออกไปเป็นบุคลากรชั้นเยี่ยมของสังคมไทยต่อไป

วิมล ร.แสงสุข

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมลฐา แสงสุข)  
คนบตีคณนะนิตีศาสตร์

## บทบรรณาธิการ

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือน มกราคม – มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือน กรกฎาคม – ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้กองบรรณาธิการ จึงขอเรียนเชิญท่านนำบทความอันทรงคุณค่าของท่านลงตีพิมพ์ในวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนมุมมองทางกฎหมายและเผยแพร่บทความสู่สาธารณชนในรูปแบบการตีพิมพ์วารสารที่ได้มาตรฐาน

ขอขอบพระคุณ  
บรรณาธิการ

## สารบัญ

	หน้า
วิเคราะห์และวิพากษ์พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 โดย ดร.ธงชัย โจรนกนันท์	1
ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นที่มีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัทจำกัด โดย นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์	16
บทบาทของกฎหมายเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ โดย ดร.ภัทรารวรรณ รัตนเกษตร	44
คนไทยกับภาษีเงินได้ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดย ดร.ยุทธนา ศรีสวัสดิ์	56
หลักสุจริตในสัญญาแพรนไฮส์ โดย ผศ.ดร.สมชาย รัตน์เชื้อสกุล	71
มาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน โดย สาทันธิ จานประดับ	90
คำพิพากษาศาลฎีกาที่น่าสนใจ โดย พิชญ์ วิทยารัฐ	111
บทวิจารณ์หนังสือ โดย เกษม ชูรัตน์	113

บทความและความคิดเห็นใด ๆ ใน “วารสารมหาวิทยาลัยรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์” ฉบับนี้เป็น  
วรรณกรรมของผู้เขียน โดยทางนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงไม่จำเป็นต้องพ้องด้วย





วิเคราะห์และวิพากษ์พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518  
Analysis and Arguments on the Town and Country Planning Act B.E. 2518

ดร.ธงชัย โรจนกันน์\*

Dr.Thongchai Roachanakanan

Aldo Rossi ปรมาจารย์ด้านสถาปัตยกรรมเมืองในทศวรรษที่ 1960 กล่าวว่า “เมือง” เป็นผลงานอันบรรจงสร้างสรรค์ของมนุษย์ (City is human artifact) การผังเมืองจึงเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์ ศาสตร์มากมายหลายแขนง สถาปัตยกรรม วิศวกรรม ประวัติศาสตร์ สังคมวิทยา และวิทยาศาสตร์ อื่นๆ อีกหลายแขนงวิชา ในขณะที่ด้านศิลปกรรม หมายถึง ประติมากรรม จิตรกรรม และศิลปะอีกหลายด้าน อีกนัยหนึ่ง เมือง คือ แหล่งสะสมและรวมวิทยาการของมนุษย์ เรื่องราวของเมืองจึงมีสาระมากมาย

นับตั้งแต่เมืองถือกำเนิดขึ้น กฎระเบียบ ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุม บริหาร และ จัดการเมืองให้มนุษย์อยู่ร่วมกันในเมือง ทุกวันนี้ “กฎหมาย” เป็นเครื่องมือหนึ่งในการกำกับ ควบคุมสังคมมนุษย์ให้เกิดความสงบเรียบร้อย กฎหมายผังเมืองเป็นอีกเครื่องมือหนึ่งที่มีเจตนารมณ์ เดียวกัน แต่ทว่ามีความละเอียดในมิติที่กว้างกว่า มุ่งหวังทำให้เมืองน่าอยู่อาศัยและสวยงาม คำถามที่ น่าสนใจ ได้แก่ กฎหมายผังเมืองในประเทศไทยตอบรับเจตนารมณ์นั้นได้หรือไม่

### บทคัดย่อ

ประเทศไทยเริ่มมีพระราชบัญญัติการผังเมืองและชนบท พ.ศ. 2495 เป็นกฎหมายฉบับแรก เพื่อ การผังเมืองแต่ไม่เคยได้ใช้งานจริง กระทั่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 บังคับใช้มี 84 มาตรา แต่ในทางปฏิบัติอำนาจตามกฎหมายนี้กลับถูกนำมาใช้งานหลักเพียง 27 มาตรา หรือหมวดที่ 1 ถึงหมวดที่ 4 ว่าด้วยการวางผังเมืองรวม คำถามสำคัญ คือ จาก พ.ศ. 2518 ถึง พ.ศ. 2558 รวม 40 ปี เกิดอะไรขึ้นในงาน ผังเมืองในประเทศไทย ทำไมกลไกของรัฐ เครื่องมือทางกฎหมาย และกระบวนการ ต่างๆ จึงไม่สามารถทำให้ชุมชนเมืองมีผังเมืองที่ดีและการพัฒนาที่ดี ขณะที่ในทางปฏิบัติจริงการผังเมือง ประสบปัญหามากมายมาตลอด

การวิเคราะห์กฎหมายผังเมืองและการบังคับใช้ตั้งแต่ พ.ศ. 2518 ถึง พ.ศ. 2558 รวม 40 ปี จึงเป็นสาระที่น่าสนใจควบคู่กับคำถามเชิงวิจัยถึงสาเหตุ ปัญหา อุปสรรค และผลกระทบของการบังคับ

\*ผู้เชี่ยวชาญด้านวางผังสถาปัตยกรรม กรมโยธาธิการและผังเมือง.

ใช้กฎหมายผังเมืองในประเทศไทย โดยให้ความสำคัญเรื่อง “ข้อเท็จจริง” (Facts) มากกว่า “ความจริง” (Truth)

แม้ข้อมูลสำคัญในอดีตจำนวนหนึ่งสูญหาย ไม่สามารถค้นหาเพื่อศึกษาได้อย่างละเอียด แต่ยังมีผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์และให้ความกระจ่างชัดถึงปัญหาการผังเมืองในอดีต นับตั้งแต่การผังเมืองยังเป็นหน่วยราชการเพียงระดับแผนกที่ไม่มีผู้ใดสนใจหรือให้ความสำคัญในกรมโยธาเทศบาล กระทรวงมหาดไทยตั้ง “สำนักผังเมือง” เป็นหน่วยราชการระดับกรมในปี พ.ศ. 2505 พัฒนาการต่างๆ และมุมมองของผู้ที่เคยร่วมงานและมีส่วนร่วมในงานผังเมือง จึงเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการพัฒนาและก้าวไปข้างหน้าของการผังเมืองของประเทศไทยในอนาคต

## ABSTRACT

Planning regulations are considered to be a crucial legal tool for guiding and controlling urban development. Development direction should be in harmony with cultural, social, economic and natural environments. However, this does not occur in Thailand because of its poor development of planning regulations. What went wrong with the Town and Country Planning Act B.E. 2518 is an interesting question for this paper. Causes and effects are discussed in association with some primary legal loopholes. Consequences in terms of urban disaster and urban climate resilience are pointed out by giving the great flood in 2011 as an obvious example. There are strong arguments that misleading and poor understanding about planning leave a gloomy hope for the future of urban planning in Thailand.

**คำสำคัญ :** การผังเมือง พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518

**Keywords :** Planning, Town and Country Planning Act B.E. 2518

## ประวัติศาสตร์วิเคราะห์ (Historical Analysis)

เอกสารที่เกี่ยวกับการผังเมืองในประเทศไทยด้านประวัติศาสตร์วิเคราะห์มีน้อยมาก บางส่วนเป็นรายงานฉบับสั้นนำเสนอเป็นส่วนประกอบของการศึกษาเฉพาะด้าน เช่น การอนุรักษ์อาคาร กลุ่มอาคาร หรือโบราณสถาน โดยกล่าวถึงผังเมืองในลักษณะการวางผังบริเวณควบคู่กับความเชื่อในอดีต ตามยุคสมัยของสิ่งก่อสร้างเหล่านั้น

งานค้นคว้าด้านผังเมืองด้านประวัติศาสตร์วิเคราะห์ที่ปรากฏเป็นสิ่งพิมพ์ที่ดีที่สุด เขียนโดย Larry Sternstein ย้อนอดีตเรื่องราวของผังเมืองย้อนตั้งแต่การสถาปนากรุงศรีอยุธยา จนถึงยุครัตนโกสินทร์เมื่อครั้งฉลองครบ 200 ปี นั่นคือ หนังสือ Portrait of Bangkok และเป็นเอกสารสำคัญที่หายากในปัจจุบัน เนื่องจากการรวบรวมแผนที่และแผนผังของเมืองสำคัญพร้อมบทวิเคราะห์ที่มีเหตุผล

เมื่อครั้งอาณาจักรสยามหรือกลุ่มชาติพันธุ์ที่ใช้ภาษาไทยหรือไต รวมตัวเป็นปึกแผ่นอย่างมั่นคงบนลุ่มน้ำโขงและที่ราบลุ่มน้ำเจ้าพระยา การสร้างและวางผังเมืองได้รับอิทธิพลจากความเชื่อต่างๆ ที่มีอยู่ก่อนแต่เดิมในภูมิภาค เช่น ขอมและอินเดีย โดยมีศาสนาพราหมณ์และฮินดูเป็นหลัก กษัตริย์เป็นสมมุติเทพ มีอำนาจเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว “วาจาคือคำสั่งหรือกฎหมาย” กฎหมายลักษณะนี้ได้มีการบันทึกปรากฏในรูปแบบต่างๆ จากจารึกบนใบลาน แผ่นหิน จนถึงพงศาวดาร บันทึกที่กล่าวถึงมาก ได้แก่ กฎหมายตราสามดวง ในยุคกรุงศรีอยุธยาในสมัยพระบรมไตรโลกนาถ

เอกสารโบราณเหล่านี้ กำหนดกฎเกณฑ์สำหรับถือปฏิบัติ บางส่วนอธิบายถึงหลักการและความเป็นสิริมงคลในการสร้างเมือง รวมถึงฤกษ์ยามและพิธีกรรม ตลอดจนการบวงสรวงเทพเทวดา รายละเอียดปรากฏเป็นผังบริเวณพื้นที่สำคัญของเมือง เช่น หลักเมือง พระราชวัง และวัดหรือสถานที่ประกอบพิธีกรรม นักวิชาการตะวันตกบางกลุ่มกล่าวว่า เหล่านี้ถือเสมือนเป็นกฎของการสร้างเมืองในสมัยโบราณหรือกฎหมายผังเมืองรูปแบบหนึ่งนั่นเอง

หลักฐานเหล่านี้ปรากฏล่วงมาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 เมื่อครั้งทรงมีพระบรมราชโองการและบางครั้งปรากฏเป็นรับสั่งให้ขุดคลองและสร้างถนนในเมือง เป็นต้น พระนครในยุคนี้จึงเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วด้วยอิทธิพลจากความก้าวหน้าของประเทศตะวันตก การผังเมืองเจริญรุดหน้า โครงข่ายถนนและโครงสร้างพื้นฐานถูกออกแบบวางผังและวางแผนอย่างเป็นระบบ รมรื่นสวยงาม และสิ่งแวดล้อมน่าอยู่อาศัย วิสัยทัศน์และกระบวนการตัดสินใจทั้งหลายโดยพระมหากษัตริย์แต่เพียงผู้เดียว ไม่มีกระบวนการไต่ถามและยึดเยื้อเหมือนปัจจุบัน นับเป็นระยะเวลาที่รุ่งเรืองที่สุดของการพัฒนาเมืองสมัยใหม่

การเปลี่ยนแปลงการปกครองในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2475 ทำให้อำนาจเด็ดขาดเหล่านี้โดยพระมหากษัตริย์สิ้นสุดลง แต่อำนาจนี้ยังปรากฏในยุคเผด็จการทหาร ดังกรณีโครงข่ายถนนสร้างใหม่ เช่น แจ้งวัฒนะและงามวงศ์วาน ในสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม เพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองและการทหาร พร้อมกับการตั้งค่ายทหารขึ้นใหม่เพื่อควบคุมจุดยุทธศาสตร์ทางด้านเหนือของพระนคร

แนวความคิดริเริ่มเรื่องกฎหมายผังเมืองครั้งแรกในประเทศไทยนั้นเท่าที่สามารถค้นหาได้ ไม่พบเอกสารหรือบันทึกใดอ้างอิง ข้อมูลที่พอเรียบเรียงได้เป็นคำบอกเล่าสืบต่อกันมา ความคิดเรื่อง

กฎหมายผังเมืองควรกำเนิดหลังมิถุนายน 2475 เพื่อต้องการอำนาจทางกฎหมายในการกำหนดทิศทางการพัฒนาเมือง และสมมุติฐานน่าจะเป็นอิทธิพลของการผังเมืองจากประเทศอังกฤษ เพราะกฎหมายผังเมืองฉบับแรกในปี พ.ศ. 2495 ใช้คำว่า “พระราชบัญญัติการผังเมืองและชนบท” ซึ่งตรงกับกฎหมายผังเมืองในประเทศอังกฤษ ในขณะนั้น คือ Town and Country Planning Act และโครงสร้างของกฎหมายแบ่งเป็นการวางผัง 2 ระดับ หรือ Double Tier ตามระบบการผังเมืองของอังกฤษ นั่นคือแบ่งลำดับขั้นตอนการวางผังเมืองเป็น 2 ระดับ คือ การวางผังเมืองพื้นฐานทั่วไป หรือ “ผังเมืองรวม” และการวางผังเมืองชั้นรายละเอียด คือ “ผังเมืองเฉพาะ”

ไม่ปรากฏรายละเอียดและสาเหตุที่พระราชบัญญัติในปี พ.ศ. 2495 นำไปใช้กรณีวางผังเมืองสุรินทร์เพียงครั้งเดียวและไม่มีการนำมาใช้อีกเลย ทราบแต่เพียงว่าไม่ประสบความสำเร็จ จึงไม่อาจสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มีข้อบกพร่องเรื่องใดบ้าง อาจมีสาเหตุจากสาระในตัวกฎหมาย หรืออาจมีปัญหาในการนำไปปฏิบัติ หรือมีสาเหตุจากผู้ใช้กฎหมายเอง

พัฒนาการกฎหมายผังเมืองในประเทศไทยก้าวสู่ความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ เมื่อรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ให้ความช่วยเหลือด้านวิชาการผังเมืองราวปลายปี พ.ศ. 2499 ดำเนินการวางผังนครหลวง แล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2503 Larry Sternstein กล่าวว่า เป็นยุคของการผังเมืองสมัยใหม่ในประเทศไทย (Era of Modern Planning) สาระสำคัญที่ผู้เชี่ยวชาญอเมริกันเสนอแนะทำรายงาน ได้แก่ รัฐบาลไทยควรให้ความสำคัญกับงานผังเมือง และต้องแยกงานผังเมืองออกเป็นหน่วยงานอิสระออกจากรมโยธาเทศบาล

ถึงแม้ว่าข้อเสนอแนะที่สำคัญหลายประการในผังนครหลวง (The Greater Bangkok 2533) ถูกเพิกเฉย บางเรื่องถูกบิดเบือนโดยรัฐบาลเผด็จการทหารในขณะนั้นเพื่อประโยชน์ส่วนตัวและพวกพ้อง ซึ่ง Larry Sternstein ได้อธิบายรายละเอียดไว้ในบทความทางวิชาการหลายฉบับ อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอแนะบางเรื่องที่สำคัญได้รับการตอบรับจนเกิดผลในทางปฏิบัติในปีต่อมา นั่นคือ ผลพวงจากการพบปะสนทนาระหว่างนายกรัฐมนตรีกับหลวงยุคตเสวีวิวัฒน์ อธิบดีกรมโยธาเทศบาลในขณะนั้น ในขณะตรวจราชการตามถนนสายต่างๆ ในเขตนครหลวง โดยเฉพาะครั้งหนึ่งขณะนั่งรถยนต์จากสะพานพุทธยอดฟ้าไปวงเวียนใหญ่ มองเห็นถนนกว้างสวยงาม ทำให้นายกรัฐมนตรีถามถึงประโยชน์ของการผังเมือง<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>จากคำสัมภาษณ์ของนางปริยา ฉิมโฉม เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน และ 8 สิงหาคม 2543 ที่บ้านพักถนนหลานหลวง กรุงเทพมหานคร.

นอกจากนั้นได้มีการปรึกษาหารือเป็นการส่วนตัวระหว่างนายกรัฐมนตรีกับหลวงยุคตเสวี วิศวกร อธิบดีกรมโยธาเทศบาล ที่บ้านพักแหลมแท่น บางแสน จังหวัดชลบุรี เมื่อวันที่ 9 กันยายน 2504 สอบถามถึงความสำคัญของกิจการผังเมือง จนกระทั่งจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้เห็นชอบให้สถาปนา สำนักผังเมืองขึ้น โดยคณะรัฐมนตรีรับหลักการเมื่อวันที่ 12 กันยายน 2504

ทั้งนี้ ได้มีหนังสือจากกรมโยธาเทศบาล กระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 11 กันยายน 2504 ถึง สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เลขรับที่ 6975/2504 เสนอรับหลักการจากคณะรัฐมนตรี 3 ประการ ประการแรกเป็นเรื่องการแบ่งย่านการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตนครหลวงกรุงเทพ-ธนบุรี ประการที่สอง ได้แก่ การจัดตั้งสำนักผังเมืองให้เป็นผู้วางผังเมืองทั่วประเทศควบคู่กับองค์กรพัฒนา ซึ่งมีฐานะเป็น องค์การดำเนินการก่อสร้างเพื่อการพัฒนาให้เป็นไปตามแผนผังที่สำนักผังเมืองได้กำหนดขึ้นและได้รับ อนุมัติจากรัฐมนตรีแล้ว ตลอดจนทำการก่อสร้างให้แก่ส่วนท้องถิ่นที่ร้องขอ ทั้งนี้ โดยใช้ทุนหมุนเวียน ของรัฐบาล แต่ทว่าการจัดตั้งองค์กรพัฒนาหรือบริษัทพัฒนาในรูปของรัฐวิสาหกิจคงเป็นเพียง แนวความคิดในขณะนั้น ยังมิได้สานต่อ เนื่องจากต่างเร่งรีบและให้ความสำคัญกับการตั้งกรมใหม่เป็น ลำดับแรก การจัดตั้งหน่วยงานผังเมืองในระดับกรมได้รับการสนับสนุนจากนายกรัฐมนตรีอย่าง แข็งขัน ถึงแม้ว่าท่านนายกรัฐมนตรีมีสุขภาพไม่แข็งแรงและไม่ได้เข้าร่วมประชุมคณะรัฐมนตรี ทำให้ ร่างหลักการและโครงสร้างการบริหารตลอดจนบทบาทหน้าที่ต่างๆ ต้องจัดทำอย่างเร่งรีบ จัดทำโดย นางปริยา ฉิมโฉม จนแล้วเสร็จในเวลาเพียงสามวันและได้รับการเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีทันที มีผลให้ สำนักผังเมืองเป็นหน่วยงานในระดับกรม สังกัดกระทรวงมหาดไทย นับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2505 เป็นต้นมา เหตุครั้งนั้นเองทำให้เกิดวาทะเหน็บแนมภายหลังว่าสำนักผังเมืองถือกำเนิดจากอารมณ์ วูบหนึ่งของท่านผู้นำ

ข้อคิดเห็นที่เป็นเรื่องถกเถียงมากที่สุดระหว่างข้าราชการระดับสูงในขณะนั้น คือ หน่วยงาน ใหม่ด้านผังเมืองควรสังกัดกระทรวงมหาดไทยหรือสำนักนายกรัฐมนตรี ทั้งที่ข้อเท็จจริงนั้นหน่วยงาน ด้านผังเมืองเคยมีฐานะเป็นกองสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีมาแล้วครั้งหนึ่งเป็นระยะเวลาสั้นๆ เพียง 6 เดือน ในปี พ.ศ. 2487 หลังจากพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.ปรับปรุงกระทรวงทบวงกรมไม่ผ่าน ทำให้กองผังเมืองนั้นถูกลดลงเป็นแผนก ขึ้นกับกองสถาปัตยกรรม กรมโยธาเทศบาล กระทรวงมหาดไทย ตามเดิม

แม้ว่าการก่อตั้งหน่วยงานผังเมืองในประเทศไทยยังมีข้อคิดเห็นขัดแย้งภายใน เรื่องการแก้ไข กฎหมายและโครงสร้างการบริหาร ทางรัฐบาลสหรัฐอเมริกายังคงให้ความช่วยเหลือสนับสนุนด้วยการ ส่งผู้เชี่ยวชาญด้านการผังเมืองเพื่อแนะนำการพัฒนา ตลอดจนปรับปรุงการผังเมืองในประเทศไทย

ให้ก้าวหน้าทัดเทียมอารยประเทศ นั่นคือ ความเป็นมากระทั่งรัฐบาลได้ตั้ง “สำนักผังเมือง” มีฐานะเทียบเท่ากรมสังกัดกระทรวงมหาดไทยในปี พ.ศ. 2505

ข้อเท็จจริงประการหนึ่งที่มีผู้กล่าวถึงไม่มากนัก คือ ในขณะนั้นระหว่างปี พ.ศ. 2502-2506 (ค.ศ. 1959-1963) ทางรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้ส่งผู้เชี่ยวชาญทางด้านผังเมืองมาแนะนำหน่วยราชการของไทย หลายคน เช่น Raymond J. Emery, David D. Longmaid, Roland B. Greeley, และ John W. Moore ซึ่งต่างเสนอรายงานหลายฉบับ แต่รายงานการศึกษาส่วนใหญ่เป็นรายงานฉบับสั้นและไม่เปิดเผยมากเหมือนที่ผู้เชี่ยวชาญชาวอเมริกันคนอื่นนำเสนอ

เหตุการณ์สำคัญเกิดขึ้นระหว่างปี พ.ศ. 2503-2505 เมื่อ USOM ได้ส่งผู้เชี่ยวชาญด้านผังเมืองเข้ามาเป็นที่ปรึกษาอีกสองคน คือ Samuel J. Cullers และ Cyrus R. Nims ซึ่งเป็นโครงการความช่วยเหลือต่อเนื่องหลังจากบริษัท Litchfield Whiting Bowne and Associates ได้จัดผังนครหลวงเสร็จแล้ว และ Cyrus R. Nims ผู้นี้มีบทบาทให้คำแนะนำทางด้านผังเมืองมากกว่าผู้เชี่ยวชาญคนอื่น

เอกสารต่างๆ ที่ค้นพบจึงให้ความสำคัญกับงานของ Cyrus R. Nims มากกว่า เอกสารฉบับแรกที่น่ามาศึกษาวิเคราะห์ คือ ร่างพระราชบัญญัติการผังเมือง ฉบับปี พ.ศ. 2505 ซึ่งอาจให้ข้อคิดบางประการถึงต้นตอและแนวความคิดด้านการผังเมืองในสมัยนั้นได้ดี

ในปี พ.ศ. 2506 Cyrus R. Nims ได้เขียนรายงานขึ้นอีกฉบับหนึ่งชื่อว่า City Planning in Thailand<sup>2</sup> ความยาว 114 หน้า สรุปเรื่องราวและได้เสนอแนะข้อคิดเห็นด้านการผังเมืองสำหรับประเทศไทยที่น่าสนใจไว้มากมาย โดยเฉพาะข้อเสนอแนะโครงสร้างการบริหาร การจัดการเมือง และข้อเสนอแนะร่างพระราชบัญญัติการผังเมือง แทนฉบับเดิมปี พ.ศ. 2495 รายงานเหล่านี้นับเป็นเอกสารหายากอีกส่วนหนึ่งที่สมควรนำมาศึกษาวิเคราะห์เพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้สนใจการผังเมืองได้ค้นคว้าหาความรู้ต่อไป

Cyrus R. Nims เดินทางเข้ามารับหน้าที่และเริ่มงานในประเทศไทยราวเดือนกันยายน 2504 ซึ่งเป็นผลจากการพิจารณาเห็นว่าโครงการความช่วยเหลือจาก USOM ด้านผังเมืองสมควรจำกัดแต่เพียงการวางผังนครหลวงเท่านั้น แต่ควรครอบคลุมการวางผังเมืองอื่นๆ ทั่วทั้งประเทศด้วย

เพื่อให้เกิดความเข้าใจเหตุการณ์ในอดีต และสามารถติดตามเรื่องราวที่เกิดขึ้นได้โดยตลอด ควรย้อนกล่าวถึงช่วงระยะเวลาที่ก่อน Cyrus R. Nims จะเข้ามามีบทบาทในฐานะที่ปรึกษาด้านการ

---

<sup>2</sup>รายงานฉบับนี้ถูกค้นพบพร้อมกับเอกสารสำคัญอื่นๆอีกจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์การผังเมืองของไทย ในห้องทำงานของ Dr. Larry Sternstein หลังจากเสียชีวิตด้วยโรคมะเร็งที่โรงพยาบาลในกรุงแคนเบอร์รา ประเทศออสเตรเลีย วันที่ 24 พฤษภาคม 2540.

ผังเมือง ตามโครงการความช่วยเหลือจาก United State Operations Mission to Thailand (USOM) ต่อเนื่องจากเสร็จสิ้นการวางผังนครหลวงในปี พ.ศ. 2503 จัดทำโดย บริษัท Litchfield Whiting Bowne and Associates เหตุผลที่ระบุไว้ในขณะนั้น คือ การปรับปรุงและวางรากฐานการวางผังเมืองทั่วทั้งประเทศไทย

จากเอกสารสำคัญฉบับแรกของ Cyrus R. Nims ที่นำมาศึกษาวิเคราะห์แตกต่างจากหลักฐานอื่นๆ ต้นฉบับเป็นภาษาอังกฤษทั้งหมด มีได้ระบุรายละเอียดหรือข้อมูลประกอบจากฝ่ายไทยเลย แม้แต่เลขรับส่งหนังสือ เท่าที่ตรวจสอบโดยละเอียดสามารถยืนยันได้ว่า Cyrus R. Nims ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติ การผังเมือง ลงวันที่ 8 มิถุนายน 2505 โดยขึ้นปกว่า Suggested City Planning Act (Fifth Draft, for discussion and review only) เป็นการเสนอร่างกฎหมายเป็นครั้งที่ 5 แบ่งเป็น 5 หมวด (Chapter) รวม 39 มาตรา (Section) ร่างพระราชบัญญัติการผังเมืองฉบับนี้ มีข้อสังเกตสำคัญและสาระที่น่าสนใจหลายประการ เช่น ร่างกฎหมายนี้ได้มีการนำเสนอมาก่อนอย่างน้อย 4 ครั้ง ทำให้อาจสรุปได้ว่าที่ปรึกษาอเมริกันจาก USOM เคยมีความพยายามอย่างมากในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายผังเมือง ซึ่งเคยเสนอแนะไว้โดยบริษัท Litchfield Whiting Bowne and Associates ในผังนครหลวงเมื่อปี พ.ศ. 2503

ประการต่อมา ร่างฉบับนี้นำเสนอก่อนการสถาปนาสำนักผังเมืองถึง 4 เดือน<sup>3</sup> เทียบกับความแน่วแน่ตั้งใจของฝ่ายไทยที่เริ่มแต่งตั้งคณะทำงาน และเริ่มประชุมแก้ไขกฎหมายผังเมืองครั้งแรกในเดือนมิถุนายน 2507 นอกจากนั้นนิยามหลายคำในภาษาอังกฤษที่ปรากฏอยู่ในร่างฉบับนี้ถูกนำมาใช้เป็นแนวทางและได้เป็นรากฐานของระบบการผังเมือง (Planning System) ที่ถือเป็นหลักปฏิบัติจนกระทั่งทุกวันนี้ เช่น คำว่า ผังเมืองรวม (Comprehensive Plan) และผังเมืองเฉพาะ (Special Project Plan)

เอกสารอื่นที่ค้นพบพร้อมร่างฉบับนี้ เป็นการวิเคราะห์ศักยภาพของหน่วยงานในระบบราชการไทยและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการผังเมือง นั้นหมายความว่า Cyrus R. Nims เอาใจใส่ พยายามเรียนรู้ และเข้าใจระบบราชการไทย ตลอดจนกลไกต่างๆ ที่มีผลต่อการนำผังเมืองไปปฏิบัติให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศทั้งด้านเศรษฐกิจและสังคมให้มากที่สุด อีกนัยหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า Cyrus R. Nims ตระหนักดีถึงความจริงที่ว่า การผังเมืองที่ประสบความสำเร็จและคาดหวังผลในทางปฏิบัติ นั้น มิได้เกิดจากวิธีการและระบบการวางผังเมืองที่ดีเท่านั้น แต่ต้องมีระบบและอำนาจตามกฎหมายและระบบการบริหารงานผังเมืองที่ดีด้วย ดังสังเกตได้จากข้อเสนอการปรับเปลี่ยนโครงสร้างการบริหารสำนักผังเมืองที่ Cyrus R. Nims ได้นำเสนอในรายงานฉบับปี พ.ศ. 2506 (ค.ศ. 1963) หลังจากสถาปนาสำนักผังเมืองเพียงปีเดียว ซึ่งจะวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

<sup>3</sup>วันสถาปนาสำนักผังเมือง คือ วันที่ 1 ตุลาคม 2505.

ด้วยเหตุผลดังกล่าว มาตรา 4 ในร่างฉบับนี้ จึงกำหนดนิยามต่างๆ ไว้ครอบคลุมทั้งเนื้อหาของขอบเขตของงานวางผัง นิยามที่สำคัญและกลายเป็นองค์ประกอบหลักของงานผังเมืองในปัจจุบัน คือ **ผังเมืองรวม** และ **ผังเมืองเฉพาะ**<sup>4</sup>

ข้อสังเกตที่น่าสนใจ ได้แก่ การจำแนกงานวางผังลักษณะนี้ มิได้ปรากฏในพระราชบัญญัติการผังเมืองและผังชนบท พ.ศ. 2495<sup>5</sup> ที่เพียงแต่กล่าวถึงคำว่า “โครงการ” ไว้ในหมวด 1 และหมวด 2 ตั้งแต่มาตรา 7 ถึงมาตรา 26 ซึ่งเป็นสาระหลักของพระราชบัญญัติฉบับนี้ และต่อมาถูกพิจารณาว่าเป็นปัญหาจนกลายเป็นประเด็นและเหตุผลหนึ่งที่กระทรวงมหาดไทยเสนอร่างทั้งฉบับ โดยกล่าวว่า

“เนื่องจากพระราชบัญญัติผังเมืองและผังชนบท พุทธศักราช 2495 ไม่มีบทบัญญัติอันจำเป็นว่าด้วยประเภทหรือชนิดของผังและอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ต่างๆที่จะปฏิบัติการได้โดยสมบูรณ์และเป็นธรรมแก่ประชาชน และทั้งบทบัญญัติที่มีอยู่ก็ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน จึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองให้เหมาะสมยิ่งขึ้น”

R.W. Archer กล่าวว่า การเสนอแนะให้จัดทำผังสองระดับอาจเป็นเหตุผลปกติธรรมดาที่ประเทศตะวันตกหลายประเทศดำเนินการกันอยู่แล้วในขณะนั้น โดยมีการวางผังเค้าโครงกว้างๆ ที่เป็นกรอบ การพัฒนาซึ่งมักเป็นนโยบายของรัฐบาลกลาง และมีการวางผังขั้นรายละเอียดที่ท้องถิ่นเป็นผู้รับผิดชอบและเป็นผู้ปฏิบัติจริง อย่างไรก็ตาม นิยามใหม่ทั้งสองคำนี้ Cyrus R. Nims ได้อธิบายไว้ค่อนข้างชัดเจน ซึ่งสาระเดิมส่วนสำคัญกล่าวไว้ดังนี้

*Section 4 in this Act;*

*Comprehensive Plan or Plan means a long range plan or plans with accompanying reports for an entire urban and urbanizing area setting forth*

<sup>4</sup>นิยามทั้งสองคำนี้ปรากฏเป็นภาษาไทยในร่างพระราชบัญญัติการผังเมือง ตั้งแต่การประชุมครั้งแรก วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2507 ว่า โครงการรวม และ โครงการเฉพาะ หลังจากคณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติผังเมือง ถกเถียงและมีมติในที่ประชุมในการประชุมครั้งที่ 1/2508 ให้เปลี่ยนเป็น ผังเมืองรวม และผังเมืองเฉพาะ พร้อมกับเปลี่ยนชื่อพระราชบัญญัติจากที่ว่า “พระราชบัญญัติการผังเมืองและผังชนบท พ.ศ.” เป็น “พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.” และนิยามเหล่านี้ถูกใช้มาจนกระทั่งปัจจุบันนี้.

<sup>5</sup>รายละเอียด สามารถศึกษาได้จากราชกิจจานุเบกษาเล่ม 69 ตอนที่ 16 วันที่ 11 มีนาคม พ.ศ. 2495 ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ จอมพล ป. พิบูลสงคราม.



*policies to guide physical development and showing the recommended general location, extent and arrangement of various public utilities, facilities, works, buildings, grounds and development projects; and districts showing the most appropriate and desirable location, kinds, densities and character of private developments and activities.*

**Special Project Plan** means a development or redevelopment plan for the construction of an integrated unit or group of buildings, facilities and utilities within a particular area of the city. The Special Project Plan may include details, working drawings and specifications for immediate construction or these may be prepared later in accordance with the Special Project Plan by the agency doing the construction.

เมื่อถอดความเป็นภาษาไทยแล้ว “ผังเมืองรวม” หมายถึง ผังระยะยาวที่อาจประกอบด้วยหนึ่งหรือหลายผังประกอบกับรายงานการศึกษาสำหรับชุมชนเมืองทั้งหมดหรือพื้นที่ที่มีความเป็นเมืองเพื่อกำหนดนโยบายสำหรับการพัฒนาด้านกายภาพและแสดงตำแหน่งที่ตั้งทั่วไป การขยาย และการจัดระเบียบบริการสาธารณะต่างๆ ทั้งสาธารณูปโภคสาธารณูปการ อาคาร พื้นดิน และโครงการพัฒนา และบริเวณอันแสดงที่ตั้งที่เหมาะสมที่สุดและอันพึงปรารถนาของประเภท ความหนาแน่น และคุณลักษณะของกิจกรรมและการพัฒนาของภาคเอกชน

“ผังเมืองเฉพาะ” หมายถึง แผนผังการพัฒนาหรือปรับปรุงพัฒนาขึ้นมาใหม่ เพื่อการก่อสร้างอาคาร กลุ่มอาคาร โครงสร้างพื้นฐานสาธารณูปโภคสาธารณูปการ ภายในบริเวณพื้นที่เฉพาะของเมือง ผังเมืองเฉพาะอาจรวมถึงรายละเอียดแบบก่อสร้างและรายการประกอบแบบเพื่อการก่อสร้างต่อไป ดำเนินการโดยหน่วยงานที่ทำหน้าที่ด้านก่อสร้าง

มาตรา 5, 6 และ 7 กำหนดอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องกับงานผังเมืองระดับต่างๆ รวมถึงรัฐมนตรีและคณะกรรมการผังเมือง ซึ่งเป็นสาระที่รวมอยู่ในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ในเวลาต่อมาอาจกล่าวได้ว่า กรอบความคิดส่วนใหญ่ถูกเสนอแนะไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2506 ล่วงหน้าถึง 12 ปี

หากกล่าวโดยรวม เนื้อหาและเจตนารมณ์ของกฎหมายผังเมืองชัดเจน ข้อสังเกตได้แก่ Cyrus R. Nims เป็นชาวอเมริกันแต่ไม่ได้เสนอระบบผังเมืองอเมริกัน ซึ่งเป็นระบบการวางผังลักษณะเบ็ดเสร็จหรือ Single Tier ไม่ได้แบ่งเป็น 2 ระดับเหมือนของอังกฤษ นั่นอาจสะท้อนว่า Cyrus R. Nims

ไม่ต้องการเปลี่ยนระบบการผังเมืองของไทย และไม่ก้าวล่วงโครงสร้างการบริหารของรัฐบาลไทย รวมถึงระบบกฎหมายไทย

เรื่องราวที่น่าสนใจที่สุด ได้แก่ การพบและสนทนากับ นางปรียา นิมนม และได้รับการยืนยันด้วยตนเองว่า ตลอดระยะเวลาที่รับราชการในสำนักผังเมืองไม่เคยรับทราบเรื่องราวของรายงานต่างๆ ที่ผู้เชี่ยวชาญอเมริกันได้เสนอต่อกระทรวงมหาดไทย คำถามต่อมา ได้แก่ ทำไมกระทรวงมหาดไทยจึงไม่ได้ดำเนินการใดๆ และมองข้ามความสำคัญของการยกร่างพระราชบัญญัติการผังเมือง ภาพสะท้อนที่อาจเป็นคำตอบหนึ่ง ได้แก่ สำนักผังเมืองหลังจากยกฐานะเป็นกรมในปี พ.ศ. 2505 ยังต้องใช้พื้นที่ชั้นหลังคากรมการปกครองนานถึง 20 ปี ก่อนมีอาคารถาวรเป็นของตนเองตั้งอยู่กลางทุ่งนาในปี พ.ศ. 2525 และก่อนสร้างถนนพระราม 9 นานหลายปี

การยกร่างพระราชบัญญัติการผังเมืองใหม่ใช้เวลานานกว่า 10 ปี มีผู้แทนจากกระทรวงและหน่วยงานต่างๆ ให้ข้อคิดเห็น กระทั่งประกาศใช้วันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2518 ซึ่งยังเป็นช่วงเวลาที่รัฐบาลสหรัฐอเมริกายังให้ความช่วยเหลือด้านวิชาการกับประเทศไทย ก่อนยุติบทบาททางการเมืองและการทหารในอินโดจีน หลังกรุงไซ่ง่อนแตกวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2518 เป็นการสิ้นสุดสงครามเวียดนาม และการยึดครองของพรรคคอมมิวนิสต์ในลาว กระทั่งสถาปนาเป็นสังคมนิยมประชาธิปไตยประชาชนลาว วันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2518

ในช่วงเดียวกัน ความช่วยเหลือด้านวิชาการผังเมืองแก่ประเทศไทยที่ USOM ดำเนินการเป็นครั้งสุดท้าย คือ การนำพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ที่เพิ่งประกาศใช้ส่งให้ศาสตราจารย์ John Friedmann ที่มหาวิทยาลัย UCLA Berkley สหรัฐอเมริกา เพื่อพิจารณาให้ความเห็น ซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้มากที่สุดและเขียนหนังสือด้านผังเมืองสำหรับสอนในมหาวิทยาลัยมากที่สุดในโลก

ศาสตราจารย์ John Friedmann ได้พิจารณาและเขียนรายงานส่งถึงกระทรวงมหาดไทยผ่านหน่วยงานความช่วยเหลือของสหรัฐอเมริกาในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2519 โดยให้ความเห็นว่าพระราชบัญญัติการผังเมืองฉบับใหม่ “ไม่เหมาะสม” กับประเทศไทย เพราะมีขั้นตอนมากเกินไป และใช้ระยะเวลาในการดำเนินงานนานเกินไป ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นเมือง และการเติบโตของเมืองที่รวดเร็วในประเทศไทย

คำถามสำคัญที่น่าสนใจ คือ “พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518” ถูกท้วงติงจากปรมาจารย์ด้านผังเมืองระดับโลก ทำไมจึงไม่ดำเนินการใดๆ ล่วงเลยระยะเวลา 40 ปี จาก พ.ศ. 2518 ถึง พ.ศ. 2558 ปรากฏปัญหามากมายตามที่ ศาสตราจารย์ John Friedmann ได้เขียนรายงานไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2519 ทุกประการ และเช่นเดียวกับรายงานของ Cyrus R. Nims เหล่านี้ล้วนสะสมก่อปัญหาในงานผังเมืองกระทั่งทุกวันนี้

ยังมีสาระสำคัญและประเด็นที่วางตั้งด้านกฎหมายผังเมืองอีกไม่น้อย แต่เอกสารทั้งหลายเหล่านั้นหายสาบสูญในประเทศไทยไม่สามารถค้นหาได้ อย่างไรก็ตาม Dr.Craig Reynolds ได้กล่าวว่า เอกสารต้นฉบับต่างๆ ที่เกี่ยวกับความช่วยเหลือด้านต่างๆ ที่รัฐบาลสหรัฐอเมริกาให้แก่ประเทศไทย ยังคงเก็บรักษาไว้อย่างดีที่ห้องสมุดสภาองเกรส ในกรุงวอชิงตัน รอให้ผู้ใฝ่รู้ไปขุดค้น ค้นคว้า และนำมาตีแผ่เรื่องราวให้คนรุ่นหลัง ได้ศึกษาและค้นหาความจริง เพื่อตอบคำถามว่าเกิดอะไรขึ้นในสมัยนั้น ความลับต่างๆ เกี่ยวกับประเทศไทยที่ถูกซ่อนเร้นจักได้รับการเปิดเผย รวมถึงความเป็นมาของหลายโครงการพัฒนาที่มีวาระซ่อนเร้น ปกปิดอำพรางเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มการเมืองควบคู่กับการผังเมืองที่เกิดขึ้นมานานหลายสิบปี กระทั่งบางโครงการสร้างความเสียหายแก่ประเทศชาติมานาน โดยหลักฐานเพื่อเอาผิดเหล่านี้กลับไม่สามารถค้นหาได้ในประเทศไทย แต่ยังคงอยู่ครบในต่างประเทศ

### วิเคราะห์พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518

หากกล่าวถึงความเป็นมาของพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า จุดอ่อนของกฎหมายผังเมืองนั้นเริ่มมีมาตั้งแต่ยังไม่บังคับใช้ แม้ผู้ที่เกี่ยวข้องข้องในการร่างกฎหมายเป็นผู้ทรงคุณวุฒิจากหลายหน่วยงาน แต่ทว่าประเทศไทยยังขาดประสบการณ์ด้านนี้ และกฎหมายผังเมืองเป็นเรื่องใหม่ในสมัยนั้น ความละเอียดรอบคอบในการจัดทำกฎหมายจึงอาจมีขีดจำกัด เมื่อผู้ที่มีความรู้และมีประสบการณ์จากสหรัฐอเมริกาให้คำแนะนำและท้วงติง จึงปรากฏเป็นความขัดแย้งในทางความคิดบ้างเป็นครั้งคราว แต่ประเด็นสำคัญที่ควรวิเคราะห์ยังมีสาระที่น่าสนใจหลายด้าน ได้แก่

1. กฎหมายไทยทั้งหลายไม่ระบุเนื้อหาที่ชัดเจนครบถ้วน จำเป็น “ต้องตีความ” และเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายไทยทั้งหมดที่ผู้นำกฎหมายไปปฏิบัติและบังคับใช้ต้องใช้ดุลยพินิจอย่างละเอียดและมักประสบเรื่องราวทำนองเดียวกัน กระทั่งต้องย้อนกลับไปพิจารณาเรื่อง “เจตนารมณ์” ของกฎหมาย เมื่อเทียบกับกฎหมายผังเมืองในประเทศที่พัฒนาแล้ว ไม่มีเหตุต้องตีความเพราะเนื้อหาสาระของกฎหมายมีความชัดเจน ละเอียดและไม่มีความหมายเป็นอื่น

2. การผังเมืองที่ดีและมีประสิทธิภาพนั้น ต้องมีสมดุลแห่งอำนาจจาก 3 ระบบ นั่นคือ ระบบการวางผังเมือง (Planning System) ระบบการบริหาร (Administrative System) และระบบกฎหมาย (Legal System) เพราะผู้บริหารต้องใช้อำนาจตามกฎหมายวางผังเมือง (ที่ดี) ระบบการวางผังเมืองต้องสร้างกลไกและกระบวนการวางผังที่รัดกุม เพื่อไม่ให้ผู้บริหารที่ขาดคุณธรรมใช้อำนาจทางกฎหมายในทางที่ไม่ถูกต้อง ระบบการบริหารต้องสร้างกลไกในการบริหารที่โปร่งใส เพื่อให้ผู้บริหารที่มีคุณธรรมบริหารงานผังเมืองได้อย่างมีประสิทธิภาพ และระบบกฎหมายต้องเกื้อกูลให้ผู้บริหารมีอำนาจมากพอใน

การวางผังเมืองที่ดี สมดุลทั้งสามระบบจึงเป็นรากฐานที่มั่นคงของการผังเมืองในประเทศที่พัฒนาแล้วมานานนับร้อยปี

แต่พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ไม่ปรากฏสมดุลแห่งอำนาจเหล่านี้เลย

3. นักวิชาการด้านกฎหมายบางกลุ่ม ให้ความสำคัญเรื่องเจตนารมณ์ของกฎหมายผังเมืองเป็นลำดับแรก และมีทัศนคติที่ดีต่อกฎหมายผังเมือง นับตั้งแต่พื้นฐานของกฎหมายที่ถือกำเนิดในระยะเวลาของประชาธิปไตยหลังยุคเผด็จการ เนื้อหาของกฎหมายแตกต่างจากกฎหมายอื่นในอดีต โดยเฉพาะการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วม แสดงความคิดเห็น การใช้สิทธิในฐานะผู้มีส่วนได้เสีย คัดค้านยื่นอุทธรณ์ และการให้เสรีภาพด้านต่างๆ ซึ่งเสมือนเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนการวางผังเมือง

แต่ทว่า ขั้นตอนสำคัญเหล่านี้โดยเฉพาะการมีส่วนร่วมของประชาชนตามขั้นตอนการวางผังเมืองรวม มีประชาชนมาร่วมน้อยมาก เมื่อเทียบกับประชากรที่อาศัยในเมืองนับหมื่นหรือนับแสนคนในบางเมือง คำร้องและคำอุทธรณ์ที่ปรากฏส่วนใหญ่เพื่อประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าเพื่อสาธารณะ

4. ประเด็นร้อนที่กลายเป็นจุดอ่อนของพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 คือ มาตรา 26 วรรค 3 ซึ่งกล่าวว่า “ในระหว่างที่กฎกระทรวงตามวรรคหนึ่งใช้บังคับ ถ้าสำนักผังเมืองหรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นเห็นสมควรจะกำหนดให้แก้ไขปรับปรุงผังเมืองรวมเสียใหม่ให้เหมาะสมกับสภาพการณ์และสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป หรือเพื่อประโยชน์แห่งรัฐก็ได้ โดยให้นำความในมาตรา 22 มาตรา 23 มาตรา 24 และมาตรา 25 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

กล่าวอย่างโดยย่อ เป็นการเปิดทางให้แก้ไขผังเมืองและข้อกำหนดผังเมืองได้นั้นเอง ไม่ต้องคอยให้หมดอายุ 5 ปี ตามกฎหมาย หากพิจารณาโดยละเอียดเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายในการยืดหยุ่นข้อบังคับเมื่อเกิดความจำเป็น แต่กลับเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่ถูกนำมาใช้แก้ผังเมืองมากที่สุด เนื่องจากในความเป็นจริงกลับเป็นกลุ่มทุนท้องถิ่นและกลุ่มทุนการเมืองที่ยื่นคำร้องแก้ไขผังเมือง โดยเกือบทั้งหมดกระทำเพื่อผลประโยชน์ส่วนตนและพวกพ้อง หรืออีกนัยหนึ่ง “เพื่อประโยชน์แห่งรัฐ” ไม่ปรากฏในคำร้องเหล่านั้นเลย

5. ด้วยเหตุที่ธรรมเนียมและจารีตปฏิบัติของกฎหมายในประเทศไทย เนื้อหาของกฎหมายกว้าง ต้องตีความ และขั้นตอนการพิจารณาความต่างๆ ใช้ระยะเวลานานมากเทียบกับกระบวนการความเป็นเมืองและการพัฒนาเมืองที่เร็วมาก โดยเฉพาะเทคโนโลยีขึ้นก้าวหน้า จนระบบกฎหมายของไทยมีลักษณะนิ่ง หรือ Static ในขณะที่เมืองนั้นมีลักษณะขับเคลื่อนไม่หยุดนิ่ง หรือ Dynamic จึงเป็นปัญหาใหญ่มาก เมื่อกฎหมายผังเมืองไม่เอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาองค์ความรู้ที่มีลักษณะก้าวกระโดด โดยเฉพาะปัจจุบันความรู้ต่างๆ ที่เกี่ยวกับเมืองก้าวหน้าไปมาก เกิดวิชาและองค์ความรู้ใหม่มากมาย เช่น

เมืองกับสภาพภูมิอากาศเปลี่ยนแปลง (Urban Climate Change) ซึ่งเกี่ยวข้องกับ ภัยพิบัติเมือง (Urban Disaster) เช่น น้ำท่วมและแผ่นดินไหว

ตามหลักสากลนั้นในประเทศที่พัฒนาแล้ว กฎหมายผังเมืองเป็นกฎหมายหลักที่สำคัญในการชี้นำการพัฒนาเมือง รัฐธรรมนูญให้อำนาจการผังเมืองมากมาย เพื่อรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม ปกป้องทรัพยากรของชาติ รักษาสมดุลของการพัฒนา และสร้างกลไกต่างๆ เพื่อให้ทุกคนได้อาศัยอยู่ในเมืองที่น่าอยู่ สวยงามและมีความสุข แต่วัตถุประสงค์ของการผังเมืองตามหลักสากลนั้น กลับไม่สามารถนำมาปฏิบัติได้ในประเทศไทย คำถามที่น่าสนใจ ได้แก่ นอกจากปัญหาอันมีเหตุจากตัวกฎหมายเองแล้ว องค์ประกอบอื่นใดที่มีผลทำให้การผังเมืองในประเทศไทยไม่ก้าวหน้าเหมือนประเทศอื่น

### วิพากษ์การบังคับใช้กฎหมายผังเมือง

ดังได้กล่าวถึงสมดุลแห่งอำนาจของ 3 ระบบ นั่นคือ ระบบกฎหมาย ระบบการบริหาร และระบบ การวางผังเมือง ระบบที่สำคัญที่สุด คือ ระบบบริหาร แม้ระบบกฎหมายมีข้อบกพร่องและระบบวางผังเมือง ไม่มีการพัฒนา แต่การบริหารจกต้องดำเนินการให้ผังเมืองก้าวไปข้างหน้าให้ได้ การบริหารงานผังเมืองต่างจากการบริหารด้านอื่นที่มุ่งเน้นการบริหารบุคลากรและบริหารงบประมาณ เพราะต้องบริหารองค์ความรู้ที่มีความหลากหลายและเป็นองค์ความรู้ที่มีการพัฒนาก้าวไปข้างหน้าเร็วมาก

การบริหารงานผังเมืองในประเทศไทยเปลี่ยนจากประเพณีนิยมเดิม จากผู้ที่มีความรู้ด้านผังเมืองสู่ผู้บริหารสายปกครองตั้งแต่ปี พ.ศ. 2524 ในช่วงเวลาที่ปัญหาด้านการบังคับใช้กฎหมายผังเมืองเริ่มปรากฏชัด โดยไม่มีความพยายามปรับปรุงแก้ไขเครื่องมือทางกฎหมาย แต่ยังคงบริหารงานผังเมืองด้วยตัวชี้วัดตามจำนวนผังที่จัดทำแล้วเสร็จถึงขั้นประกาศใช้ แม้ครบกำหนดการบังคับใช้ 5 ปี และมีการประเมินผลการบังคับใช้ด้วยรายงานที่ไม่ประสบความสำเร็จ เพราะขาดงบประมาณสนับสนุนให้โครงการต่างๆ พัฒตามผัง เช่น ถนนโครงการ และกำกับควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดิน

การบริหารงานผังเมืองโดยขาดการบริหารองค์ความรู้ดำเนินต่อเนื่องนานกว่า 30 ปี โดยไม่มีการปรับเปลี่ยนยุทธศาสตร์แต่อย่างใด ยังเน้นผลงานด้านจำนวนมากกว่าคุณภาพ ขาดความรู้ความเข้าใจในตรรกะและศาสตร์ของการผังเมือง ดังนั้น เมื่อเกิดเหตุภัยพิบัติร้ายแรงกับเมือง ดังกรณีน้ำท่วมใหญ่ในปี พ.ศ. 2554 เพราะบ้านจัดสรรและโรงงานจำนวนมากกีดขวางทางระบายน้ำตามธรรมชาติในเขตผังเมืองรวม ซึ่งผิดตรรกะและหลักวิชาการผังเมืองอย่างร้ายแรง แต่กลับไม่มีการกล่าวถึงผังเมืองแต่อย่างใดจนกระทั่งทุกวันนี้

จากวาทะกรรมกึ่งการเมืองกรณีประเทศไทยมีพื้นที่ผังเมืองรวมเพียงร้อยละ 3 ทำให้กรมโยธาธิการและผังเมืองเร่งรัดการจัดทำผังจังหวัด เพื่อให้มีการควบคุมการพัฒนาด้วยผังเมืองทั่วประเทศ โดยมีได้ตระหนักคิดว่า พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ถูกออกแบบมาสำหรับการวางผังเมืองขนาดกลาง หรือเมืองทั่วไปในประเทศไทยไม่ได้ถูกออกแบบมาสำหรับวางผังขนาดใหญ่อย่างผังจังหวัด ผังจังหวัดเหล่านี้จักสร้างปัญหาตามมามากมายในอนาคต โดยยังไม่มีเตรียมแก้ปัญหาแต่อย่างใด

บทวิพากษ์ที่สำคัญ ได้แก่ การแทรกแซงทางการเมืองในงานผังเมือง ซึ่งเป็นเรื่องที่พบเห็นในทุกกระทรวง ทบวง กรม ในประเทศไทย และไม่มีข้อยกเว้นในงานผังเมือง ตามบันทึกและเอกสารที่สามารถค้นหาได้ พบว่า การเมืองได้แทรกแซงงานผังเมืองมานาน ตั้งแต่ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติการผังเมืองพ.ศ. 2518 เสียอีก โดยมีรูปแบบและวิธีการมากมายทั้งเปิดเผยและซ่อนเร้นอำพราง

การแทรกแซงทางการเมืองหลายครั้งก่อปัญหาและสร้างความเสียหายแก่เมือง และหลายกรณีสร้างความเสียหายแก่ประเทศชาติ กระทั่งทุกวันนี้กลุ่มทุนและกลุ่มการเมืองยังคงแสวงหาประโยชน์จากโครงการพัฒนาที่ขัดต่อหลักวิชาการผังเมือง และการแทรกแซงเหล่านั้นอาจไม่เกิดผลกระทบทันทีหรือเร็ววัน เพราะปัญหาของเมืองจักปรากฏชัดและร้ายแรงระดับวิกฤติอีก 5 ปี 10 ปี หรือ 20 ปีข้างหน้า เช่น กรณีน้ำท่วมใหญ่ที่เกิดจากการพัฒนากีดขวางทางระบายน้ำ ปัญหาจราจรจากการพัฒนาศูนย์การค้าใกล้จุดตัดถนน จนถึงปัญหาสิ่งแวดล้อม และปัญหาอันมีผลจากสภาพภูมิอากาศเปลี่ยนแปลง

หลายปีที่ผ่านมา มีความพยายามทั้งแก้ไขเล็กน้อยจนถึงยกร่างพระราชบัญญัติการผังเมืองทั้งฉบับ แต่ทว่ายังไม่ปรากฏแนวทางอันเป็นหลักสากลของกฎหมายผังเมือง เพื่อให้เกิดการพัฒนาเมืองในประเทศไทยด้วยเครื่องมือทางกฎหมาย (Legal Tool) ที่มีมาตรฐาน มีหลักวิชาการ มีตรรกะและเหตุผล มีธรรมาภิบาล และกลไกต่างๆ เพื่อทำให้เมืองน่าอยู่พัฒนาอย่างยั่งยืน และประชาชนมีความสุข สะดวกสบาย แนวทางที่ถูกเน้นความสำคัญกลับเป็นการแก้ไขระยะเวลาการบังคับใช้จาก 5 ปี เป็น 10 ปี หรือไม่มีอายุ เหล่านี้เป็นเพียงสารระปลิกย่อย เพื่ออำนวยประโยชน์กับผู้บริหารเท่านั้น แต่แก่นแท้ของงานผังเมืองที่พัฒนาก้าวไปไกลในมิติต่างๆ ไม่ถูกนำมาพิจารณาในการปรับแก้กฎหมายผังเมืองแต่อย่างใด

กระทั้งนักวิชาการบางกลุ่มกล่าวถึงทฤษฎีสมรู้ร่วมคิด หรือ Conspiracy Theory ที่มีความพยายามทำให้งานผังเมืองและกฎหมายผังเมืองอ่อนแอ เพราะจักทำให้บุคคลบางกลุ่มแสวงหาประโยชน์จากการพัฒนา โดยไม่มีการควบคุมที่เข้มงวด ตราบที่กลุ่มทุนและกลุ่มการเมืองเหล่านี้ถือครองที่ดินจำนวนมาก และต้องการกอบโกยเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ต่อไป โดยไม่คำนึงถึงความเสียหายใดๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และปล่อยให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณมากขึ้นเพื่อแก้ปัญหาของเมือง อันมีสาเหตุจากการขาดการควบคุมการพัฒนาเมืองที่ดี

## ปัจจัยมบท

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการผังเมืองเป็นที่รับทราบกันมานาน ด้วยเหตุผลเก่าแก่เรื่องอำนาจตามพระราชบัญญัติการผังเมืองไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เหตุผลนี้ถูกตอกย้ำครั้งแล้วครั้งเล่า กระทั่งได้รับการปรับปรุงแก้ไขในปี พ.ศ. 2535 และมีความพยายามแก้ไขอีกหลายครั้ง ทั้งแก้ไขบางส่วนและความพยายามในการยกร่างใหม่ทั้งฉบับ แต่ยังไม่มีความก้าวหน้าแต่อย่างใด บางประเด็นกลับทำให้งานผังเมืองถดถอยและล่าช้ามากกว่าเดิมขึ้นไปอีก หลักวิชาการลดน้อยลงเทียบกับกฎหมายผังเมืองในประเทศที่พัฒนาแล้วที่ปรับปรุงให้เข้มงวดมากขึ้นครอบคลุมปัญหาของเมืองมากขึ้น

คำถามหลักที่รัฐบาลประเทศเยอรมันกล่าวถึงการบริหารเมืองในระดับต่างๆ นั่นคือ ผู้บริหารเข้าใจปัญหาแต่ละเรื่องและแต่ละด้านของเมืองดีหรือยัง ตระหนักรู้ (Awareness) เรื่องราวและปัญหาต่างๆ ถ่องแท้แล้วหรือยัง เพราะยุทธศาสตร์การบริหารประเทศและเมืองในประเทศเยอรมัน เริ่มจากการสร้างความตระหนักรู้ (Awareness) ให้แก่ผู้บริหารเป็นลำดับแรก และกระจายสู่ผู้ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดความเป็นหนึ่งเดียวกัน (Unity) ในการแก้ปัญหาของเมือง เพราะปัญหาของเมืองไม่สามารถแก้ได้ด้วยวิธีใดวิธีหนึ่งเท่านั้น (No Single Solution) แต่ต้องพึ่งพาอาศัยทุกองค์ประกอบในการแก้ปัญหาของเมือง

อนาคตงานผังเมืองในประเทศไทยยังคงประสบปัญหาเก่าที่ตกค้างมาจากอดีต และต้องเผชิญปัญหาใหม่ที่เริ่มหลั่งไหลเพิ่มความยุ่งยาก ซับซ้อน และรุนแรงสู่ชั้นวิกฤติ แม้มีรายงานการศึกษาและหนังสือแจ้งเตือนจากองค์การสหประชาชาติถึงความเสี่ยงเรื่องภัยพิบัติชั้นวิกฤติต่อเมืองขนาดใหญ่ในประเทศไทยที่อยู่ในลำดับ 1 ใน 5 ของโลก และหนังสือเตือนจากธนาคารโลกถึงมาตรการผังเมืองในการบรรเทาผลกระทบเรื่องภัยพิบัติเหล่านี้ แต่เอกสารดังกล่าวไม่แตกต่างจากหนังสือเตือนจากผู้เชี่ยวชาญที่เคยแจ้งกระทรวงมหาดไทยมาหลายครั้ง ระหว่างปี พ.ศ. 2503 ถึง พ.ศ. 2519 อนาคตของเมืองในประเทศไทยจึงเสมือนแสงเทียนที่ปลายอุโมงค์ที่อึกยาวไกลจึงจะพบแสงสว่างที่แท้จริง

## บรรณานุกรม

- Litchfield, Whiting, Panero Associates. **Bangkok-Thonburi City Planning Project.**  
Bangkok: Ministry of Interior. 1959.
- Nims C. R. **City Planning in Thailand.** City Planning Office: Ministry of Interior. 1963.
- Sternstein L. **Portrait of Bangkok.** Bangkok, Bangkok Metropolitan Administration. 1982.

## ความรับผิดของผู้ถือหุ้นที่มีผลกระทบกับเจ้าหนี้ของบริษัทจำกัด\*

## Liabilities of Shareholders Affecting Creditors of Limited Private Company

นิตินันท์ บูรณะเจริญรักษ์\*\*

Nitinant Bruranajroenrak

## บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้บริษัทเอกชนจำกัดเป็นนิติบุคคลและให้ผู้ถือหุ้นจำกัด ความรับผิดโดยเคร่งครัด นอกจากนี้ยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดจำนวนทุนจดทะเบียนขั้นต่ำสำหรับบริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจโดยทั่วไป จึงทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและประกอบธุรกิจที่มีมูลหนี้สูงกว่าทุนจดทะเบียน ส่งผลให้เจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้รับความเสียหายต่างกับกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดและกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ที่ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเรียกให้ผู้ถือหุ้นที่ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำเข้าร่วมรับผิดในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ในคดีแพ่ง ในการชำระบัญชี และในคดีล้มละลาย นอกจากนี้ยังให้อำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด ในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัดไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม อีกทั้งกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศอังกฤษและประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ยังให้อำนาจรัฐมนตรีตีพิมพ์รายงานการตรวจบริษัทเอกชนจำกัด เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดอีกด้วย ดังนั้นผู้ศึกษาจึงได้เสนอแนะว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ

\*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง ความรับผิดของผู้ถือหุ้นที่มีผลกระทบกับเจ้าหนี้ของบริษัทจำกัด ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีคณาจารย์ที่ปรึกษา 2 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ และอาจารย์ที่ปรึกษา 3 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ธีระ สิงห์พันธุ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วิณัฐฐา แสงสุข และอาจารย์ ดร. สลิล สิริพิฑูร โดยคณาจารย์ที่ปรึกษาสองท่านดังกล่าวร่วมเป็นคณะกรรมการการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ด้วย.

\*\*นายความ, นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, เนติบัณฑิตไทย, ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความ, ประกาศนียบัตร ความรู้ทรัพย์สินทางปัญญาพื้นฐาน ภาคภาษาไทย สถาบันฝึกอบรมทรัพย์สินทางปัญญานานาชาติ องค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลก, วุฒิบัตร ทนายความผู้ทำคำรับรองลายมือชื่อและเอกสาร (รุ่นที่ 16) สำนักงานทะเบียนแบบการรับรองลายมือชื่อและเอกสาร สภานายความ.



พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 โดยให้ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดในหนี้ของบริษัทเอกชน จำกัด เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดจากกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำ

### Abstract

The Civil and Commercial Code stipulates that limited private companies are juristic persons and that shareholder liability is strictly limited. In addition, there are no provisions determining the minimum amount of authorized capital required for limited private companies conducting general business. As such, shareholders can establish limited private companies with a low amount of authorized capital and conduct business while incurring obligations at a higher level than is the case with those having larger amounts of authorized capital. This results in creditors of limited private companies being damaged. This differs from the laws governing limited private companies and the bankruptcy laws of the UK and the USA, in addition to the laws regulating limited private companies in the legal systems of the PRC, Australia and Singapore. These countries do not use the concept of “juristic person” as applied to shareholders setting up limited private companies. Instead, they have laws involving authorized capital for private limited companies which ensure the assumption of liability and the fulfillment of obligations such that the interests of creditors are protected in respect to civil suits, liquidations and bankruptcy cases. In addition, in these jurisdictions, courts have the authority to force terminations of the operations of limited private companies in cases in which they are unable to repay debts and to see that justice is rendered. The laws governing limited private companies in the UK and Singapore also authorize ministers to publish reports of investigations of limited private companies so as to protect creditors.

The researcher therefore recommends that the Civil and Commercial Code and the Bankruptcy Act, B.E. 2483 (1940) be amended. These amendments should stipulate that shareholders of limited private companies must be obliged to assume liability in order to protect the creditors of limited private companies in cases in which

shareholders establish limited private companies with a low amount of authorized capital.

**คำสำคัญ :** การจำกัดความรับผิด ความเป็นนิติบุคคล หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล

**Keywords :** Limited liability, Legal personality, Piercing the Corporate Veil

## บทนำ

บริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>1</sup> มีสถานะเป็นนิติบุคคล มีสิทธิหน้าที่ และความรับผิดต่างหากจากผู้ถือหุ้น<sup>3</sup> สำหรับผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชนจำกัดนั้นจะมีความรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 ตามหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น เหตุที่ผู้ถือหุ้นต้องจำกัดความรับผิดเนื่องจากเดิมผู้ถือหุ้นมีความรับผิดในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดโดยไม่จำกัดจำนวนจึงมีการฟ้องร้องให้ผู้ถือหุ้นรับผิดมากขึ้น จึงมีแนวคิดคุ้มครองผู้ถือหุ้นจึงมีการแก้ไขพระราชบัญญัติลักษณะกู่หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110 ให้ผู้ถือหุ้นรับผิดตามจำนวนค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบตามหลักการจำกัดความรับผิดเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้น ส่งผลให้บริษัทเอกชนกลายเป็นบริษัทเอกชนจำกัด และต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเข้าหุ้นส่วนและบริษัท ร.ศ. 130 บัญญัติให้การตั้งบริษัทเอกชนจำกัดต้องทำการจดทะเบียน แต่ก็ยังไม่มี การแก้ไขเรื่องความรับผิดของผู้ถือหุ้น ปัจจุบันมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>6</sup> ซึ่ง

<sup>1</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012.

<sup>2</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015.

<sup>3</sup>สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร, *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนและบริษัท*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2551), หน้า 137.

<sup>4</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096.

<sup>5</sup>ทิพย์ชนก รัตนโนสธ, *คำอธิบายเรียงมาตรา กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท*, พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 209-211.

<sup>6</sup>“พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 45 (1 มกราคม พ.ศ. 2471), หน้า 1.

มาตรา 1015 บัญญัติให้บริษัทเอกชนจำกัดเป็นนิติบุคคลตามทฤษฎีสมมติและทฤษฎีอำนาจรัฐ และในมาตรา 1096 บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นจำกัดความรับผิดตามหลักการจำกัดความรับผิด<sup>7</sup>

นอกจากนี้ในการตั้งบริษัทเอกชนจำกัดนั้นจะต้องระบุทุนจดทะเบียนในหนังสือบริคณห์สนธิ ทุนจดทะเบียนของบริษัทเอกชนจำกัด คือ เงินที่นำมาใช้ประกอบกิจการที่เก็บได้จากค่าหุ้น และเปรียบเสมือนหลักประกันให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด ทุนจดทะเบียนของบริษัทเอกชนจำกัดจะถูกแบ่งออกเป็นเรือนหุ้นๆ ละเท่ากัน มีมูลค่าในแต่ละหุ้นไม่ต่ำกว่าห้าบาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1117<sup>8</sup> สำหรับการประกอบธุรกิจบางประเภทจะมีกฎหมายกำหนดทุนจดทะเบียนขั้นต่ำของบริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจนั้นไว้ เช่น บริษัทเอกชนจำกัดที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย<sup>9</sup> บริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจคลังสินค้า<sup>10</sup> และบริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจผลิตอากาศยาน<sup>11</sup> เป็นต้น แต่บริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจโดยทั่วไปนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 หุ้นส่วนและบริษัทไม่มีบทบัญญัติกำหนดจำนวนทุนขั้นต่ำไว้ เพราะการกำหนดทุนจดทะเบียนต้องคำนึงถึงปัจจัย ประเภท และขนาดของธุรกิจ<sup>12</sup> ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงสามารถตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนเท่าใดก็ได้ สำหรับบทความนี้ ผู้ศึกษาจะศึกษาในกฎหมายที่เกี่ยวกับบริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจโดยทั่วไปเท่านั้น

<sup>7</sup>ภาสกร ชุณหอุไร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท ฉบับพิมพ์ปี พ.ศ. 2539 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 มาตรา 1012-1273 และตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2534 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2539), หน้า 18-20 และ พิเชษฐ เมลาณนท์ และ สราวุธ ปิตียาศักดิ์, “ลักษณะทั่วไปขององค์กรธุรกิจและกิจการเจ้าของรายเดียว,” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7, พิมพ์ครั้งที่ 8 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช, 2554), หน้า 40-42.

<sup>8</sup>ทิพย์ชนก รัตนโนสธ, เรื่องเดิม, หน้า 288.

<sup>9</sup>บริษัทเอกชนจำกัดที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีทุนจดทะเบียนจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14 และกฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย พ.ศ. 2545.

<sup>10</sup>บริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบกิจการคลังสินค้าต้องมีทุนที่ชำระแล้วไม่ต่ำกว่าห้าล้านบาทตามประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง การกำหนดเงื่อนไขควบคุมกิจการคลังสินค้า พ.ศ. 2535 ข้อ 8 ประกอบประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 12.

<sup>11</sup>บริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบกิจการผลิตอากาศยานต้องมีทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่าที่พระราชบัญญัติการเดินอากาศยาน พ.ศ. 2497 มาตรา 41/23 (1) กำหนด.

<sup>12</sup>หัตถศักดิ์ ณ ป้อมเพ็ชร, “ทุนและการจัดหาเงินทุนสำหรับองค์กรธุรกิจ,” เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 Commercial Law IV หน่วยที่ 8-15, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช, 2555), หน้า 352.

ในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัดมีบุคคลภายนอกเป็นเจ้าของนี้ เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชนจำกัดชำระหนี้แทนบริษัทเอกชนจำกัดได้ เพราะหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับบริษัทเอกชนจำกัดที่มีตัวตนแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น แต่อย่างไรก็ตามหากเจ้าหนี้เรียกให้บริษัทเอกชนจำกัดชำระหนี้และบริษัทเอกชนจำกัดมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ บริษัทเอกชนจำกัดจะเรียกเอาค่าหุ้นกับ ผู้ถือหุ้นที่ยังสงฆ์ไม่ครบและบริษัทเอกชนจำกัดจะนำเงินนั้นมาชำระให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด แต่หากผู้ถือหุ้นชำระค่าหุ้นครบแล้ว ผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดชอบหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 หุ้นส่วนและบริษัทกำหนดให้ผู้ถือหุ้นจำกัดความรับผิด และไม่มีบทบัญญัติกำหนดทุนจดทะเบียนขั้นต่ำสำหรับบริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจโดยทั่วไปไว้ทำให้เกิดปัญหา ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2. ปัญหาอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
3. ปัญหาอำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด และความรับผิดของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
4. ปัญหาความรับผิดของผู้ถือหุ้นในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

สำหรับบทความนี้ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวโดยการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ถือหุ้นที่มีผลกระทบต่อเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ เหตุผลที่ผู้ศึกษากล่าวถึงประเทศทั้งห้านี้เพราะ

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องบริษัทเอกชนจำกัดได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ<sup>13</sup>
2. ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดที่เจริญก้าวหน้ากว่าประเทศไทยมาก และมีการใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ถือหุ้นที่แตกต่างจากประเทศไทย
3. นักลงทุนของไทยนิยมไปลงทุนที่ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>14</sup>

<sup>13</sup>ทิพย์ชนก รัตนโนส, เรื่องเดิม, หน้า 6.

<sup>14</sup>สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงปักกิ่ง, ความสัมพันธ์ด้านเศรษฐกิจไทย-จีน [Online], available URL: <http://www.thaiembbeij.org/thaiembbeij/th/republic-of-china/investment/economic-relations.php>, 2014 (สิงหาคม, 16).

4. ประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดที่เป็นกฎหมายระดับสหพันธรัฐใช้ทั้งประเทศออสเตรเลีย<sup>15</sup> และมีการใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ถือหุ้นที่แตกต่างจากประเทศไทย

5. ในปี พ.ศ. 2558 ประเทศไทยจะเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) จึงจำเป็นต้องศึกษากฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของสาธารณรัฐสิงคโปร์เพื่อให้ทราบถึงความก้าวหน้าของกฎหมายบริษัทประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์

### 1. ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้หลักความเป็นนิติบุคคล หลักการจำกัดความรับผิด และหลักเงินทุนต่ำ<sup>17</sup> ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนต่ำเพื่อประกอบธุรกิจโดยทั่วไป และไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ที่เป็นผู้บริโภคร<sup>18</sup> เจ้าหนี้สามารถฟ้องให้ผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551<sup>19</sup> มาตรา 44<sup>20</sup> แต่ในคดีอื่นที่ไม่ใช่คดีผู้บริโภค<sup>21</sup> เจ้าหนี้ไม่สามารถนำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 44 มาฟ้องให้ผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้ เจ้าหนี้ต้องฟ้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจทำให้เจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดไม่ได้รับชำระหนี้หรือได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนเพราะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท

<sup>15</sup> สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคนอื่น ๆ, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส และออสเตรเลีย, คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศสถาบันกฎหมายพัฒนาเศรษฐกิจ (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2546), หน้า 54.

<sup>16</sup> สภาหอการค้าไทย, มุมความรู้อาเซียน [Online], available URL: [http://www.thaichamber.org/scripts/static\\_detail.asp?Tag=2&nPAGEID=128&nTopimg=7](http://www.thaichamber.org/scripts/static_detail.asp?Tag=2&nPAGEID=128&nTopimg=7), 2014 (กุมภาพันธ์, 5).

<sup>17</sup> สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 219, และ นัดดา โชคบุญธิยานนท์, เด่นฟ้า เรื่องฤทธิ์เดช และ พรหมพร มูลศาสตร์ จารุวาที, การปกป้องฐานภาษีของประเทศแหล่งเงินได้: ศึกษากรณีการตั้งราคา โอน การตั้งเงินทุนต่ำหรือการหักรายได้ (กรุงเทพมหานคร: กองการต่างประเทศ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552), หน้า 29.

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2637-2638/2553.

<sup>19</sup> “พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 38 ก (25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551), หน้า 32.

<sup>20</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, มาตรา 44.

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2637-2638/2553 และคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 99/2554.

ไม่มีบทบัญญัติกำหนดเรื่องทุนจดทะเบียนขั้นต่ำในการประกอบธุรกิจโดยทั่วไป และไม่มีหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล<sup>22</sup> เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ จากกรณีที่ถูกถือหุ้นบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนต่ำและไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้<sup>23</sup>

สำหรับเรื่องทุนจดทะเบียนและการคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในกรณีที่ถูกถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 หุ้นส่วนและบริษัทของประเทศไทย กฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศไทย<sup>24</sup> รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>25</sup> พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 ของประเทศออสเตรเลีย<sup>26</sup> รัฐบัญญัติบริษัทของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์<sup>27</sup> ไม่มีการบัญญัติจำนวนทุนจดทะเบียนขั้นต่ำสำหรับบริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจโดยทั่วไป<sup>28</sup> ต่างกับกฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐ

<sup>22</sup>พิมพ์ใจ รื่นเริง, “การไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล,” เอกสารประกอบคำบรรยายกระบวนวิชาพาณิชยเปรียบเทียบ LAW 6817 หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาคพิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพมหานคร, 17 กันยายน พ.ศ. 2557.

<sup>23</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 734/2502 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6554/2544.

<sup>24</sup>พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 (Companies Act 2006) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 2006.

<sup>25</sup>รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจ (Model Business Corporation Act: MBCA) ตราขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายบริษัทแห่งสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกัน (The Committee of the American Bar Association) ในปี ค.ศ. 1950 ในปัจจุบันมี 24 มลรัฐที่ถือตามรัฐบัญญัตินี้; L Bebchuk, “The Case of Increasing Shareholder Power,” *Harvard Law Review* 833, 844 (2004), at 118, และ Henry R. Cheeseman, *Business Law: ethic, International & E-Commerce Environment*, 4th ed. (Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall, 2001), p. 725.

<sup>26</sup>พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 (Corporations Act 2001) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 2001.

<sup>27</sup>รัฐบัญญัติบริษัท (Companies Act 2006) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1967 มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพิ่มในปี ค.ศ. 2006.

<sup>28</sup>พิเศษ เสตเสถียร, *บริษัทจำกัด กฎหมายสำหรับนักบริหารและนักธุรกิจ*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2552), หน้า 16-17; Paul Davies, *Introduction to Company Law*, 2nd ed. (New York: Oxford University, 2010), pp. 75-76; Manning, Bayless, *A Concise Textbook on Legal Capital*, 2nd ed. (Mineola, NY: Foundation, 1981), p. 17, cited by Andreas Cahn and David C. Donald, *Comparative Company Law Text and Case on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA* (New York: Cambridge University, 2010), pp. 165-166; Schweizer Kobras, *Corporate Law* [Online], available URL: [http://www.schweizer.com.au/articles/Corporate\\_Law\\_\(SK00079638\).pdf](http://www.schweizer.com.au/articles/Corporate_Law_(SK00079638).pdf), 2014 (October, 20) and Walter Woon, *Basic Business Law in Singapore* (Singapore: Prentice Hall, 1995), pp. 224-225.

ประชาชนจีน<sup>29</sup> ที่มีบทบัญญัติกำหนดทุน จดทะเบียนขั้นต่ำของบริษัทเอกชนจำกัดไว้ในมาตรา 26 วรรคสอง<sup>30</sup> ซึ่งกำหนดให้บริษัทเอกชนจำกัดของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนต้องมีทุนจดทะเบียน ไม่ต่ำกว่า 30,000 หยวน<sup>31</sup> แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศอังกฤษ<sup>32</sup> กฎหมาย บริษัทเอกชนจำกัดของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>33</sup> กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 20 วรรคสาม<sup>34</sup> พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 588V (1) ของประเทศออสเตรเลีย และรัฐบัญญัติ บริษัท มาตรา 340 (1) และ (2)<sup>35</sup> ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ สามารถแก้ปัญหาผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชน จำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำ และไม่ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้โดยใช้หลักการไม่ คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเรียกให้ผู้ถือหุ้นร่วมรับผิดในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ได้ ทุกคดี ซึ่งต่างกับศาลในประเทศไทยที่ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลแก้ปัญหากรณีผู้ถือหุ้นตั้ง

<sup>29</sup>กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีนประกาศใช้เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1993 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 3 เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 2005 มีผลบังคับใช้ วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2006.

<sup>30</sup>Companies Law of the People's Republic of China, article 26 the minimum amount of the registered capital of a company with limited liability shall be RMB 30,000 yuan. Where a greater amount is provided for by laws or administrative regulations, such provision shall prevail.

<sup>31</sup>Daniel C.K. Chow, *The Legal System of the People's Republic of China* 2nd ed. (St. Paul, MN: West, 2009), p. 358.

<sup>32</sup>*Daimler Co. v. Continental Tyre Co.* (1916) 2A.C. 307; *Gilford Motor Co. v. Horne.* (1933) Ch. 935 C. A; *Jones v. Lipman.* (1962) 1 W. L. R. 832; *Re William C. Leitch Brothers, Ltd.* (1932) 2 ch 71; *Lubbe v. Cape Plc.* (2000) 1WLR 1545; *Chandler v. Cape plc.* (2011) EWHC 951.

<sup>33</sup>*United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* (1905) 142 Fed. 247; *Vitoria Elevator co. v. Meriden Grain Co., Inc.* 283 N.W. 2d 509 (Minn. 1979); *Kinney Shoe Crop. v. Polan.* 939 F.2d 209 (1991); *Laya v. Erin Homes, Inc.* 352 S.E. 2d 93, 97 (W.Va. 1986); *Sea-land Services, Inn. v. Perpper Source* 941 F.2d 519; *Sea-land Services, Inn. v. Perpper Source.* 993 F. 2d 1309;

<sup>34</sup>Companies Law of the People's Republic of China, article 20 where the shareholder of a company abuses the independent status of the company as a legal person or the limited liability of shareholders, evades debts and thus seriously damages the interests of the creditors of the company, he shall assume joint and several liability for the debts of the company.

<sup>35</sup>the Companies Act, section 340

(1) If, in the course of the winding up of a company or in any proceedings against a company, it appears that any business of the company has been carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person or for any fraudulent purpose, the Court, on the application of the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper to do so, declare that any person who was knowingly a party to the carrying on of the business in that manner shall be personally responsible, without any limitation of liability, for all or any of the debts or other liabilities of the company as the Court directs.

(2) Where a person has been convicted of an offence under section 339(3) in relation to the contracting of such a debt as is referred to in that subsection, the Court, on the application of the liquidator or any creditor or contributory of the company, may, if it thinks proper to do so, declare that the person shall be personally responsible without any limitation of liability for the payment of the whole or any part of that debt.

บริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำ และไม่ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้โดยใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเรียกให้ผู้ถือหุ้นร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ได้ทุกคดี<sup>36</sup> ซึ่งต่างกับศาลในประเทศไทยที่ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลแก้ปัญหากรณีผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้ในคดีผู้บริโศกเท่านั้นไม่สามารถคุ้มครองเจ้าหนี้ในคดีอื่นได้

เพื่อความเข้าใจในความแตกต่างของการเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบกรณีผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้ศึกษาได้ทำตารางเปรียบเทียบ ดังนี้

กฎหมายกำหนดทุนจดทะเบียนขั้นต่ำและการเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบในกรณีผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด

ประเทศ	ทุนจดทะเบียนขั้นต่ำตามกฎหมายทั่วไป	การเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบ
ประเทศไทย	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่บัญญัติไว้	เฉพาะคดีผู้บริโศก พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโศก พ.ศ. 2551 มาตรา 44
ประเทศอังกฤษ	พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 ไม่บัญญัติไว้	ทุกคดี เช่น <i>Re William C. Leitch Brothers, Ltd. (1932) 2 ch 71</i>
ประเทศสหรัฐอเมริกา	รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจ ค.ศ. 1984 ไม่บัญญัติไว้	ทุกคดี เช่น <i>Laya v. Erin Homes, Inc. 352 S.E. 2d 93, 97 (W.Va. 1986)</i>

<sup>36</sup>Mark Wu, "Piercing China's Corporate Veil: Open Questions from the New Company Law," *The Yale Law Journal* 117, 2 (2007): 332; Tony Ciro and Christopher Sysmes, *Corporations law in principle*, 8th ed. (Sydney: Thomson Reuters, 2009), pp. 64-66 and Ravi Chandran, *Introduction to Business Law in Singapore* (Singapore: Mc Graw Hill, 2002), pp. 150-151.



ประเทศ	ทุนจดทะเบียนขั้นต่ำตามกฎหมายทั่วไป	การเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิด
ประเทศ สาธารณรัฐ ประชาชนจีน	บริษัทเอกชนจำกัดต้องมีทุนจดทะเบียน ไม่ต่ำกว่า 30,000 หยวน กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 26 วรรคสอง	ทุกคดี กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐ ประชาชนจีน มาตรา 20 วรรคสาม
ประเทศ ออสเตรเลีย	พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 ไม่บัญญัติ ไว้	ทุกคดี พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 588V (1)
ประเทศ สาธารณรัฐ สิงคโปร์	รัฐบัญญัติบริษัทไม่บัญญัติ	ทุกคดี รัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 340 (1) และ (2)

## 2. ปัญหาอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัดตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้หลักความเป็นนิติบุคคล หลักการจำกัดความรับผิด และหลักเงินทุนต่ำ  
ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนต่ำเพื่อประกอบธุรกิจโดยทั่วไป และไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ได้  
หากมีการตรวจบริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1217<sup>37</sup> หรือมาตรา  
1219<sup>38</sup> รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ต้องส่งสำเนารายงานการตรวจให้กับสำนักงานที่บริษัท  
จดทะเบียนไว้ และส่งแก่ผู้ถือหุ้นที่ยื่นเรื่องราวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1217 หรือ  
รายงานต่อรัฐบาลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1219 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์  
ไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ ที่เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด หรือร้องขอให้  
ศาลสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัดได้<sup>39</sup> ต่างกับพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 ของประเทศอังกฤษและ

<sup>37</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1217.

<sup>38</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1219.

<sup>39</sup>โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 11  
(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 514-515.

รัฐบัญญัติบริษัทของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์<sup>40</sup> โดยในประเทศไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมมีอำนาจตีพิมพ์รายงานระหว่างกาลหรือรายงานครั้งสุดท้ายของผู้ตรวจเพื่อให้เจ้าหน้าที่หรือบุคคลภายนอกได้ทราบข้อมูลตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 437 (3) ประกอบมาตรา 446 ประกอบพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 1035<sup>41</sup> และสำหรับประเทศไทย สาธารณรัฐสิงคโปร์ เมื่อตรวจเสร็จแล้วรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังต้องส่งรายงานการตรวจและสำเนาให้กับสำนักงานจดทะเบียนบริษัทและผู้ร้องขอให้ตรวจบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้น เพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่ ผู้ขอตรวจตามรัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 233 (1)<sup>42</sup> และมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นทำการชำระบัญชีได้<sup>43</sup> ตามรัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 241 (1) (a) วรรคสอง (c)<sup>44</sup> ซึ่งให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของบริษัทเอกชนจำกัด ไม่ให้ได้รับความเสียหายจากกรณีที่ถูกฟ้องใช้หลักความเป็นนิติบุคคล หลักการจำกัดความรับผิดและหลักเงินทุนต่ำตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำเมื่อเทียบกับกิจการที่ทำได้

เพื่อความเข้าใจในความแตกต่างของอำนาจของรัฐมนตรีในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัดในประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้ศึกษาได้ทำตารางเปรียบเทียบ ดังนี้

#### อำนาจของรัฐมนตรีในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัด

ประเทศ	อำนาจรัฐมนตรีในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัด
ประเทศไทย	รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ไม่มีอำนาจสั่งการใดๆ ที่เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหน้าที่ของบริษัทเอกชนจำกัด
ประเทศอังกฤษ	รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรมมีอำนาจตีพิมพ์รายงานระหว่างกาลหรือรายงานครั้งสุดท้าย พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 437 (3) ประกอบมาตรา 446 ประกอบพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 1035

<sup>40</sup>รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีน พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 ของประเทศออสเตรเลียไม่มีบทบัญญัติถึงเรื่องอำนาจของรัฐมนตรีในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัด.

<sup>41</sup>legislation.gov.uk, **Companies Act 2006 Explanatory Notes** [Online], available URL: www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpgaen\_20060046\_en.pdf, 2014 (มิถุนายน, 11).

<sup>42</sup>the Companies Act, section 233 (1).

<sup>43</sup>Benny S Tabalujan and Valerie Du Toit-Low, **Singapore Business Law**, 15th ed. (Singapore: Business Law Asia, 2009), p. 359.

<sup>44</sup>the Companies Act, section 241 (1) (a) (c).

ประเทศ	อำนาจรัฐมนตรีในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัด
ประเทศสหรัฐอเมริกา	รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจ ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการตรวจบริษัทเอกชนจำกัด
ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน	กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการตรวจบริษัทเอกชนจำกัด
ประเทศออสเตรเลีย	พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการตรวจบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นไว้
ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์	รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังส่งรายงานดังกล่าวพร้อมสำเนาให้กับสำนักงานจดทะเบียนบริษัท และบรรดาผู้ร้องขอให้ตรวจบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้น รัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 233 (1) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นทำการชำระบัญชีได้ รัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 241 (1)

### 3. ปัญหาอำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด และความรับผิดของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้หลักความเป็นนิติบุคคล หลักการจำกัดความรับผิด และหลักเงินทุนต่ำตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนต่ำเพื่อประกอบธุรกิจโดยทั่วไป และไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ได้ หรือ ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยไม่สุจริต ศาลก็ไม่สามารถสั่งให้บริษัทเอกชนจำกัดเลิกกันในกรณีดังกล่าวได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1237 (1)-(4)<sup>45</sup> ไม่บัญญัติให้อำนาจศาลไว้<sup>46</sup> ต่างกับพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 122 (1) (f) และ (g)<sup>47</sup> ของประเทศอังกฤษ<sup>48</sup> รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจ มาตรา 14.30 (a) (1) และ (3)<sup>49</sup> ของประเทศสหรัฐอเมริกา พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 461 (k)<sup>50</sup> ของประเทศออสเตรเลีย และรัฐบัญญัติบริษัทของประเทศ

<sup>45</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1237.

<sup>46</sup>โสภณ รัตนกร, เรื่องเดิม, หน้า 526.

<sup>47</sup>the Insolvency Act 1986, section 122 (1) (f) (g).

<sup>48</sup>พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ.1986 (The Insolvency Act 1986) มีผลใช้บังคับในวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1986

<sup>49</sup>Model Business Corporation Act, section 14.30 (a) (1) (3) (i) (ii).

<sup>50</sup>the Corporation Act 2001, section 461 (k) (1) (k).

สาธารณรัฐสิงคโปร์<sup>51</sup> มาตรา 254 (1) (e) และ (m)<sup>52</sup> ที่บัญญัติให้ศาลสั่งให้บริษัทเอกชนจำกัดที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ชำระบัญชี หรือสั่งให้บริษัทเอกชนจำกัดชำระบัญชีเพื่อความยุติธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้เจ้าหนี้นำบริษัทเอกชนจำกัดเข้าสู่การชำระบัญชีเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้<sup>53</sup>

เพื่อความเข้าใจในความแตกต่างของอำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัดในประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้ศึกษาได้ทำตารางเปรียบเทียบดังนี้

#### อำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด

ประเทศ	อำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด
ประเทศไทย	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1237 (1)-(4) ไม่บัญญัติให้อำนาจศาลสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด ในกรณีผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและ ไม่สามารถชำระหนี้ได้
ประเทศอังกฤษ	พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 122 (1) (f) ในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัด ไม่สามารถชำระหนี้ได้ พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 122 (1) (g) ศาลเห็นว่าการเลิกบริษัทนั้นเป็นการสมควรและเป็นธรรม
ประเทศสหรัฐอเมริกา	รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1984 มาตรา 14.30 (a) (1) บริษัทที่ตั้งขึ้นมาจากการรวมกันตั้งบริษัทโดยฉ้อฉล หรือผู้มีอำนาจในบริษัทกระทำการนอกเหนืออำนาจหรือใช้อำนาจโดยมิชอบ รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1984 มาตรา 14.30 (a) (3) บริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวและสิทธิเรียกร้องตามคำพิพากษาของเจ้าหนี้ลดลงและการปฏิบัติตามคำพิพากษาไม่เป็นที่น่าพอใจแก่เจ้าหนี้ หรือบริษัทยอมรับเป็นหนังสือว่าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้เกิดจากการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของบริษัท

<sup>51</sup> กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 183 ไม่บัญญัติให้ศาลสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัดในกรณีผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่สามารถชำระหนี้ได้.

<sup>52</sup> the Companies Act, section 253 (1) (e) (m).

<sup>53</sup> Lee Roach, *Card & James' Business law for business, accounting & finance students*, (New York: Oxford University, 2009), pp. 756-771; Cheeseman, op. cit., p. 742; Christine Miles and Warwick Dowler, *A Guide to Business Law*, 18th ed. (Sydney: Thomson Lawbook co, 2008), pp. 181-182 and Tabalujan and Toit-Low, op. cit., p. 359.

ประเทศ	อำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด
ประเทศ สาธารณรัฐ ประชาชนจีน	กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 183 ไม่บัญญัติให้อำนาจศาลสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด ในกรณีผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่สามารถชำระหนี้ได้
ประเทศ ออสเตรเลีย	พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.2001 มาตรา 601 AB (1) ไม่บัญญัติให้อำนาจศาลสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นไว้ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.2001 มาตรา 461 บัญญัติให้ศาลสั่งให้บริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นชำระบัญชีในกรณีที่ศาลเห็นสมควรและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม
ประเทศ สาธารณรัฐ สิงคโปร์	รัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 254 (1) (e) ศาลสั่งให้บริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นทำการชำระบัญชีในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นไม่สามารถชำระหนี้ได้ รัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 254 (1) (m) ศาลสั่งให้บริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นทำการชำระบัญชี ในกรณีที่ศาลเห็นว่าบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นตั้งขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ สวัสดิการและคำสั่งโดยชอบของสิงคโปร์ หรือขัดต่อผลประโยชน์หรือความมั่นคงของชาติ

สำหรับในขั้นตอนการชำระบัญชีนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1265<sup>54</sup> และมาตรา 1266<sup>55</sup> ไม่บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นที่ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด ในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัดไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ ทำให้เจ้าหนี้อาจไม่ได้รับชำระหนี้หรือได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนต่างกับพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 213<sup>56</sup> ของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 588 W ของประเทศออสเตรเลีย และรัฐบัญญัติบริษัท 340 (1) และ (2) ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเรียกให้ผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในการชำระบัญชีได้ เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ในการชำระบัญชี<sup>57</sup>

<sup>54</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1265.

<sup>55</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1266.

<sup>56</sup> the Insolvency Act 1986, section 213 (1) (2).

<sup>57</sup> Roach, op. cit., pp. 762-763; Phillip Lipton and Abe Herzberg, *Understanding Company Law*, 14th (Sydney: Lawbook, 2008), p. 37; Tabalujan and Toit-Low, op. cit., p. 262.

เพื่อความเข้าใจในความแตกต่างของความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชีในประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้ศึกษาได้ทำตารางเปรียบเทียบ ดังนี้

**ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชี ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมี  
ทุนจดทะเบียนต่ำและไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้**

ประเทศ	ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชี
ประเทศไทย	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1265 และมาตรา 1266 ไม่บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นที่ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัดไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้
ประเทศอังกฤษ	พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 213 ให้อำนาจศาลอาจสั่งให้บุคคลที่รู้ข้อเท็จจริง และร่วมกระทำการดังกล่าวส่งทรัพย์สินให้กองทรัพย์สินของบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นตามที่ศาลเห็นสมควร
ประเทศสหรัฐอเมริกา	รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในการชำระบัญชี ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้
ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน	กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 188 ไม่บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในการชำระบัญชี ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้นโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้
ประเทศออสเตรเลีย	พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 588 W บัญญัติให้ผู้ชำระบัญชีฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกให้บริษัทแม่เข้ามารับผิดชอบในหนี้ของบริษัทในเครือ ในกรณีที่บริษัทในเครือทำการค้าโดยมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ได้ และมีบุคคลได้รับความเสียหาย จากการที่บริษัทในเครือล้มละลาย ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด
ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์	รัฐบัญญัติบริษัท 340 (1) และ (2) ให้อำนาจผู้ชำระบัญชีแสดงหลักฐานเพื่อให้ศาลเรียกผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดชอบต่อการกระทำของบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้น ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นขึ้นเพื่อฉ้อฉลเจ้าหนี้ หรือบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นทำการค้าขายโดยขาดความรับผิดชอบ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด

#### 4. ปัญหาความรับผิดของผู้ถือหุ้นในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483<sup>58</sup> ไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในคดีล้มละลาย เพราะผู้ถือหุ้นได้รับความคุ้มครองจากหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้หลักความเป็นนิติบุคคล หลักการจำกัดความรับผิด และหลักเงินทุนต่ำตั้งบริษัทเอกชนจำกัดขึ้น โดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด และเจ้าหนี้นั้นไม่เป็นผู้บริโภคนั้น<sup>59</sup> หากบริษัทเอกชนจำกัดฟ้องด้วยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 9<sup>60</sup> เจ้าหนี้ก็จะฟ้องได้แต่เฉพาะบริษัทเอกชนจำกัดเป็นจำเลยในคดีล้มละลายเท่านั้น ไม่สามารถฟ้องให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในคดีล้มละลายได้ เพราะก่อนที่เจ้าหนี้จะฟ้องคดีล้มละลายเจ้าหนี้ไม่สามารถฟ้องคดีเพื่อให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 หุ้นส่วนและบริษัท ไม่มีบทบัญญัติของหลักการไม่คำนึงถึงความเป็น นิติบุคคลและหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง ที่เรียกให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด

สำหรับกรณีที่เจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดเป็นผู้บริโภคนั้น ก่อนฟ้องคดีล้มละลายเจ้าหนี้นั้นสามารถฟ้องให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดที่มีต่อผู้บริโภคนั้นตามหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภคน พ.ศ. 2551 มาตรา 44<sup>61</sup> หากศาลพิพากษาให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดที่มีต่อผู้บริโภคนั้นแล้ว ผู้ถือหุ้นและบริษัทเอกชนจำกัดจะเป็นลูกหนี้ร่วมกัน ถ้าผู้ถือหุ้นและบริษัทเอกชนจำกัดฟ้องด้วยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 9 เจ้าหนี้สามารถฟ้องผู้ถือหุ้นและบริษัทเอกชนจำกัดเป็นคดีล้มละลายได้<sup>62</sup> และอาจทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน แต่ถ้าผู้ถือหุ้นที่เป็นลูกหนี้

<sup>58</sup>“พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 57, (30 ธันวาคม 2483), หน้า 958.

<sup>59</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2637-2638/2553 และคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 99/2554.

<sup>60</sup> พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483, มาตรา 9.

<sup>61</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2637-2638/2553.

<sup>62</sup> สมชัย ทัฬหสูตมากร, พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2522 ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ฉบับสมบูรณ์ (กรุงเทพฯ: พลสยาม, 2553), หน้า 21.

ร่วมกับบริษัทเอกชนจำกัดไม่ฟ้องด้วยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 9 เจ้าหนี้จะไม่สามารถฟ้องให้ผู้ถือหุ้นเป็นคดีล้มละลายได้

การที่เจ้าหนี้ฟ้องบริษัทเอกชนจำกัดเป็นคดีล้มละลายแต่ไม่สามารถฟ้องให้ผู้ถือหุ้นเป็นคดีล้มละลายได้นั้น เจ้าหนี้ก็จะร้องขอให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดที่ถูกพิทักษ์ทรัพย์ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 89 ไม่ได้ เพราะมาตราดังกล่าวไม่บัญญัติให้ใช้กับบริษัทเอกชนจำกัด<sup>63</sup> ทำให้คำสั่งพิทักษ์ทรัพย์บริษัทเอกชนจำกัดเด็ดขาดหรือคำพิพากษาให้บริษัทเอกชนจำกัดล้มละลายไม่มีผลถึงผู้ถือหุ้น<sup>64</sup> และอาจทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน ซึ่งส่งผลให้พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายในการแก้ไขปัญหาแก่เจ้าหนี้ในการที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว และไม่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ตามทฤษฎีว่าด้วยการต่อรองของเจ้าหนี้ได้<sup>65</sup> ต่างกับความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 213 และแนวคำพิพากษาคดีล้มละลายของประเทศอังกฤษ<sup>66</sup> แนวคำพิพากษาคดีล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>67</sup> พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 558 W ของประเทศออสเตรเลีย และรัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 340 (1) และ (2) ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ที่บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดตามหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย<sup>68</sup>

<sup>63</sup>พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 89 ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา-บทที่ 11 ล้มละลาย และกฎหมายล้มละลายวิสาหกิจของสาธารณรัฐประชาชนจีน ไม่บัญญัติให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์หรือเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ร้องขอให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดที่ถูกพิทักษ์ทรัพย์.

<sup>64</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 195/2536.

<sup>65</sup>Andrew Keay and Perter Walton, *Insolvency Law* (Great Britain: Pearson Education Limited, 2003), pp 22-28, อ้างถึงใน วิชา มหาคุณ, *คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551), หน้า 13.

<sup>66</sup>*Re Gerald Cooper Chemical Ltd.* (1987) 1 ch 262; *Re William C. Leitch Bros. Ltd.* (1932) 2 ch 71; *Morris v State Bank of India.* (2003) EWHC 1868 (Ch); *Manifest Shipping Company Limited v Uni-Polaris Company Limited.* (2003) 1 AC 469; *R v Grantham.* (1984) 1 QB 675, [1984] 3 All ER 166; *Re Maidstone Building Provisions Ltd.* (1971) 1 WLR 1085.

<sup>67</sup>*Amco Chemicals Corp. v. Bach.* 222 Kan. 589, 567F. 2d1337 (1977); *Consolidation Rock Products v DuBois.* 312 US 510 (1941); *Ozark Restaurant Equipment co.* 816 F. 2d 1222 และ *Henderson v Round & Poter Lumber Co.* 99 F Supp 376 (WDR Art 1951).

<sup>68</sup>Lipton and Herzberg, op. cit., p. 37 และ Tabalujan and Toit-Low, op. cit., p. 262.



เพื่อความเข้าใจในความแตกต่างของการเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบร่วมกับบริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในคดีล้มละลายในประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้ศึกษาได้ทำตารางเปรียบเทียบ ดังนี้

**การเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบร่วมกับบริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัด  
โดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในคดีล้มละลาย**

ประเทศ	การเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบร่วมกับบริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัด โดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในคดีล้มละลาย
ประเทศไทย	พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ไม่มีบทบัญญัติที่ให้ผู้ถือหุ้นเข้ามา มาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดที่ถูกพิทักษ์ทรัพย์
ประเทศอังกฤษ	พระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 213 (2) ให้อำนาจศาลอาจสั่งให้ บุคคลที่รู้ข้อเท็จจริงและร่วมกระทำการดังกล่าวส่งทรัพย์สินให้กองทรัพย์สินของ บริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นตามที่ศาลเห็นสมควร
ประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา-บทที่ 11 ล้มละลาย ไม่มีบทบัญญัติที่เรียกให้ผู้ถือ หุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดที่ถูกฟ้องล้มละลาย ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกามีอำนาจพิพากษาให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ ของบริษัทเอกชนจำกัดในคดีล้มละลายได้ ถ้าศาลเห็นว่าบริษัทเอกชนจำกัดมีทุน จดทะเบียนต่ำไม่พอประกอบกิจการและบริษัทมีฐานะที่อาจจะล้มละลายในขณะที่ ดำเนินธุรกิจ
ประเทศสาธารณรัฐ ประชาชนจีน	กฎหมายล้มละลายวิสาหกิจของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ถือ หุ้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดที่ถูกฟ้องล้มละลาย
ประเทศ ออสเตรเลีย	พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 558 W บัญญัติให้ผู้ชำระบัญชีฟ้องต่อ ศาลเพื่อเรียกให้บริษัทแม่เข้ามารับผิดชอบในหนี้ของบริษัทในเครือ ในกรณีที่บริษัทใน เครือทำการค้าโดยมีเหตุอันควรเชื่อว่าไม่สามารถชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ได้ และมี บุคคลได้รับความเสียหายจากการที่บริษัทในเครือล้มละลาย ทั้งนี้เพื่อคุ้มครอง เจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด

ประเทศ	การเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบร่วมกับบริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัด โดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในคดีล้มละลาย
ประเทศ สาธารณรัฐ สิงคโปร์	รัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 340 (1) และ (2) ให้อำนาจผู้ชำระบัญชีแสดงหลักฐาน เพื่อให้ศาลเรียกผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดชอบต่อการกระทำของบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้น ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นขึ้นเพื่อฉ้อฉลเจ้าหนี้ หรือ บริษัทเอกชนจำกัดโดยหุ้นทำการค้าขายโดยขาดความรับผิดชอบ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด

### 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้บริษัทเอกชนจำกัดเป็นนิติบุคคลและให้ผู้ถือหุ้นจำกัดความรับผิด แต่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดจำนวนทุนจดทะเบียนขั้นต่ำสำหรับบริษัทเอกชนจำกัดที่ประกอบธุรกิจโดยทั่วไป ทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและประกอบธุรกิจที่มีมูลหนี้สูงกว่าทุนจดทะเบียน ส่งผลให้เจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้รับความเสียหาย

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในคดีแพ่ง ในการชำระบัญชี และในคดีล้มละลาย นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์สั่งการใดๆ เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัด และไม่มีอำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุน จดทะเบียนต่ำและประกอบธุรกิจที่มีมูลหนี้สูง ต่างกับกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดและกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ที่ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเรียกให้ผู้ถือหุ้นที่ตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำเข้าร่วมรับผิดในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ ในคดีแพ่ง ในการชำระบัญชี และในคดีล้มละลาย นอกจากนี้ยังให้อำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด ในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัดไม่สามารถชำระหนี้ได้หรือเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม อีกทั้งกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศอังกฤษและประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ยังให้อำนาจรัฐมนตรีตีพิมพ์รายงาน การตรวจบริษัทเอกชนจำกัดเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดอีกด้วย

สำหรับในส่วนข้อเสนอแนะนั้นผู้ศึกษาขอเสนอแนะดังนี้

1. ปัญหาการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัด โดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในปัญหานี้ผู้ศึกษาเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท ในวรรคสองของมาตรา 1096 โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดที่ไม่เป็นผู้บริโภค ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำและไม่สามารถชำระหนี้ได้ ด้วยวิธีการใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลและหลักสุจริตเฉพาะเรื่องเรียกให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาร่วมรับผิดในหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด ซึ่งเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 44 ของประเทศไทย กฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศไทย อังกฤษ กฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 20 พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 588V (1) ของประเทศออสเตรเลีย และรัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 340 (1) และ (2) ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096	
<b>เดิม</b>	มาตรา 1096 “อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยการแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่าๆ กัน โดยมีผู้ถือหุ้นต่างรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ”
<b>แก้ไข</b>	มาตรา 1096 บัญญัติว่า “อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยการแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่าๆกัน โดยมีผู้ถือหุ้นต่างรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ  ในกรณีที่บริษัทจำกัดไม่สามารถชำระหนี้ได้เนื่องจากบริษัทจำกัดมีทุนจดทะเบียนต่ำเมื่อเทียบกับกิจการที่ทำและโดยไม่สุจริต ให้ผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของบริษัทจำกัด เข้ามาร่วมรับผิดในหนี้ของบริษัทจำกัดที่มีต่อเจ้าหนี้โดยไม่คำนึงถึงจำนวนเงินมูลค่าหุ้นที่ส่งแล้วหรือยังส่งไม่ครบ เว้นแต่ผู้ถือหุ้นนั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด”

การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรานี้ไม่เป็นการยกเลิกหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเอกชนจำกัด และ หลักจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น แต่เป็นการใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเฉพาะกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทโดยขัดต่อประโยชน์สาธารณะ ก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม กระทำการฉ้อโกง ฉ้อฉลเท่านั้น โดยเทียบเคียงกับคดี *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* (1905) 142 Fed. 247 ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจในรูปของบริษัทเอกชนจำกัด

นอกจากนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่ควรนำการกำหนดทุนจดทะเบียนขั้นต่ำของบริษัทเอกชนจำกัดที่ผู้ประกอบการโดยทั่วไปไปตามกฎหมายบริษัทของสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา 26 วรรคสอง มาเป็น

แนวทางแก้ไขปัญหาการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของบริษัทเอกชนจำกัด ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะจำนวนทุนจดทะเบียนของบริษัทเอกชนจำกัดนั้นขึ้นอยู่กับกิจการที่ทำ ไม่สามารถกำหนดตายตัวได้ และอาจทำให้เกิดปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์และการแก้ไขจำนวนทุนจดทะเบียนขั้นต่ำ ผู้มีอำนาจกำหนดทุนจดทะเบียนขั้นต่ำ และกฎหมายที่จะบัญญัติทุนจดทะเบียนขั้นต่ำของบริษัทเอกชนจำกัด<sup>69</sup>

2. ปัญหาอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับการแก้ปัญหานี้ผู้ศึกษาเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1217 และมาตรา 1219 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ประกาศรายงานการตรวจนั้นในราชกิจจานุเบกษา และให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งให้เลิกบริษัทเอกชนจำกัดนั้น ซึ่งอาจเทียบเคียงกับอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม ตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 437 (3) ประกอบมาตรา 446 ประกอบพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 1035 ของประเทศอังกฤษ และเทียบเคียงกับอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามรัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 233 (1) และมาตรา 241 (1) ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1217 และมาตรา 1219	
เดิม	<p>มาตรา 1217 “ผู้ตรวจต้องทำรายงานยื่นและรายงานนั้นจะเขียนหรือตีพิมพ์สุดแต่รัฐมนตรีเจ้าหน้าที่จะบัญชา สำเนารายงานนั้นให้รัฐมนตรีส่งไปยังสำนักงานบริษัทซึ่งได้จดทะเบียนไว้กับทั้งส่งแก่ผู้ถือหุ้น ซึ่งยื่นเรื่องราวขอให้ตรวจนั้นด้วย”</p> <p>มาตรา 1219 “รัฐมนตรีเจ้าหน้าที่โดยลำพังตนเอง จะตั้งผู้ตรวจคนเดียวหรือหลายคนให้ไปตรวจการของบริษัทเพื่อทำรายงานยื่นต่อรัฐบาลก็ได้ การตั้งผู้ตรวจเช่นว่ามานี้จะพึงมีเมื่อใดสุดแล้วแต่รัฐมนตรีจะเห็นสมควร”</p>
แก้ไข	<p>มาตรา 1217 “ผู้ตรวจต้องทำรายงานยื่นและรายงานนั้นจะเขียนหรือตีพิมพ์สุดแต่รัฐมนตรีเจ้าหน้าที่จะบัญชา สำเนารายงานนั้นให้รัฐมนตรีส่งไปยังสำนักงานบริษัทซึ่งได้จดทะเบียนไว้กับทั้งส่งแก่ผู้ถือหุ้น ซึ่งยื่นเรื่องราวขอให้ตรวจและประกาศรายงานการตรวจนั้นในราชกิจจานุเบกษาด้วย</p> <p>การตรวจตามมาตรานี้ หากรัฐมนตรีพบว่า มีเหตุที่ศาลอาจสั่งให้เลิกบริษัทจำกัดได้ รัฐมนตรีมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งให้เลิกบริษัทจำกัดนั้นก็ได้”</p>

<sup>69</sup> ทัศนศักดิ์ ฌ ป้อมเพ็ชร, เรื่องเดิม, หน้า 352.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1217 และมาตรา 1219	
แก้ไข	มาตรา 1219 “รัฐมนตรีเจ้าหน้าที่โดยลำพังตนเอง จะตั้งผู้ตรวจคนเดียวหรือหลายคนให้ไปตรวจการของบริษัทเพื่อทำรายงานยื่นต่อรัฐบาลและประกาศรายงานการตรวจในราชกิจจานุเบกษาก็ได้ การตั้งผู้ตรวจเช่นว่ามานี้จะพึงมีเมื่อใดสุดแล้วแต่รัฐมนตรีจะเห็นสมควร การตรวจตามมาตรานี้ หากรัฐมนตรีพบว่ามิเหตุที่ศาลอาจสั่งให้เลิกบริษัทจำกัดได้ รัฐมนตรีมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งให้เลิกบริษัทจำกัดนั้นก็ได้”

3. ปัญหาอำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด และความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การแก้ปัญหอำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัดและความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำ และไม่สามารถชำระหนี้ได้ ผู้ศึกษาเห็นว่าควรแก้ไขกฎหมาย ดังต่อไปนี้

ในเรื่องอำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัดนั้น ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1237 (1)-(4) ดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1237	
เดิม	มาตรา 1237 “นอกจากนี้ศาลอาจสั่งให้เลิกบริษัทจำกัดด้วยเหตุต่อไปนี้ คือ (1) ถ้าทำผิดในการยื่นรายงานประชุมตั้งบริษัทหรือทำผิดในการประชุมตั้งบริษัท (2) ถ้าบริษัทไม่เริ่มทำการภายในปีหนึ่งนับแต่วันจดทะเบียนหรือหยุดทำการถึงปีหนึ่งเต็ม (3) ถ้าการค้าของบริษัททำไปก็มีแต่ขาดทุนอย่างเดียวและไม่มีทางหวังว่าจะกลับฟื้นตัวได้ (4) ถ้าจำนวนผู้ถือหุ้นลดน้อยลงจนเหลือไม่ถึงสามคน แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีทำผิดในการยื่นรายงานประชุมตั้งบริษัท หรือทำผิดในการประชุมตั้งบริษัท ศาลจะสั่งให้ยื่นรายงานประชุมตั้งบริษัท หรือให้มีการประชุมตั้งบริษัทแทนสั่งให้เลิกบริษัทก็ได้ แล้วแต่จะเห็นควร”
แก้ไข	มาตรา 1237 “นอกจากนี้ศาลอาจสั่งให้เลิกบริษัทจำกัดด้วยเหตุต่อไปนี้ คือ (1) ถ้าทำผิดในการยื่นรายงานประชุมตั้งบริษัท หรือทำผิดในการประชุมตั้งบริษัท (2) ถ้าบริษัทไม่เริ่มทำการภายในปีหนึ่งนับแต่วันจดทะเบียนหรือหยุดทำการถึงปีหนึ่งเต็ม (3) ถ้าการค้าของบริษัททำไปก็มีแต่ขาดทุนอย่างเดียว และไม่มีทางหวังว่าจะกลับฟื้นตัวได้ หรือบริษัทจำกัดไม่สามารถชำระหนี้ได้ (4) ถ้าจำนวนผู้ถือหุ้นลดน้อยลงจนเหลือไม่ถึงสามคน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1237	
แก้ไข	(5) บริษัทจำกัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ไม่สุจริต แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีทำผิดในการยื่นรายงานประชุมตั้งบริษัท หรือทำผิดในการประชุม ตั้งบริษัท ศาลจะสั่งให้ยื่นรายงานประชุมตั้งบริษัท หรือให้มีการประชุมตั้งบริษัทแทนสั่งให้เลิกบริษัทก็ได้ แล้วแต่จะเห็นควร”

ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัดในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัด ไม่สามารถชำระหนี้ได้ และในกรณีที่บริษัทเอกชนจำกัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ไม่สุจริตนั้น เป็นการใช้ทฤษฎีอำนาจรัฐในการยกเลิกนิติบุคคล และเป็นการใช้สิทธิเจ้าหนี้นำบริษัทเอกชนจำกัดเข้าสู่การชำระบัญชีเพื่อให้ตนเองได้รับชำระหนี้โดยเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 122 (1) (f) และ (g) ของประเทศอังกฤษ รัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจ มาตรา 14.30 (a) (1) และ (3) ของประเทศสหรัฐอเมริกา พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 461 ของประเทศออสเตรเลีย และรัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 254 (1) (e) และ (m) ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์

สำหรับเรื่องความรับผิดของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชีนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1265 และมาตรา 1266 ดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1265 และ มาตรา 1266	
เดิม	มาตรา 1265 “ผู้ชำระบัญชีจะเรียกให้ ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นส่งใช้เงินลงหุ้นอันเป็นส่วน ยังค้างชำระอยู่นั้นก็ได้ และเงินที่ค้างชำระนี้ถึงแม้จะได้ตกลงกันไว้ก่อนโดยสัญญาเข้าหุ้นส่วน หรือโดยข้อบังคับของบริษัทว่าจะได้เรียกต่อภายหลังก็ตาม เมื่อเรียกเช่นนั้นแล้วท่านว่าต้องส่งใช้ทันที” มาตรา 1266 “ถ้าผู้ชำระบัญชีมาพิจารณาเห็นว่า เมื่อเงินลงทุนหรือเงินค่าหุ้นได้ใช้เสร็จหมดแล้ว สินทรัพย์ก็ยังไม่พอกับหนี้สินไซ้ ผู้ชำระบัญชีต้องร้องขอต่อศาลทันที เพื่อให้ ออกคำสั่งว่าห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นล้มละลาย”
แก้ไข	มาตรา 1265 “ผู้ชำระบัญชีจะเรียกให้ ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นส่งใช้เงินลงหุ้นอันเป็นส่วนยังค้างชำระอยู่นั้นก็ได้ และเงินที่ค้างชำระนี้ ถึงแม้จะได้ตกลงกันไว้ก่อนโดยสัญญาเข้าหุ้นส่วน หรือโดยข้อบังคับของบริษัทว่าจะได้เรียกต่อภายหลังก็ตาม เมื่อเรียกเช่นนั้นแล้ว ท่านว่าต้องส่งใช้ทันที ในกรณีที่ผู้ชำระบัญชีพบว่า บริษัทจำกัดไม่สามารถชำระหนี้ได้เนื่องจากบริษัทจำกัดมีทุน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1265 และ มาตรา 1266	
แก้ไข	<p>จดทะเบียนล้มเมื่อเทียบกับกิจการที่ทำ และผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของบริษัทจำกัดกระทำโดยไม่สุจริต ผู้ชำระบัญชีต้องร้องขอให้ศาลเรียกให้ผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของบริษัทจำกัดเข้ามาร่วมรับผิดในหนี้ด้วย”</p> <p>มาตรา 1266 “ถ้าผู้ชำระบัญชีมาพิจารณาเห็นว่า เมื่อเงินลงทุนหรือเงินค่าหุ้น หรือเงินที่ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดได้ใช้เสร็จหมดแล้ว สินทรัพย์ก็ยังไม่พอกับหนี้สินไซ้ ผู้ชำระบัญชีต้องร้องขอต่อศาลทันที เพื่อให้ออกคำสั่งว่าห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นล้มละลาย”</p>

การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ในการชำระบัญชีโดยเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 123 ของประเทศอังกฤษ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 588 W ของประเทศออสเตรเลีย และรัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 340 (1) และ (2) ของสาธารณรัฐสิงคโปร์

4. ปัญหาความรับผิดของผู้ถือหุ้นในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483

ในปัญหานี้ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 วรรคสอง ในหัวข้อ 1 แล้ว ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 89 ดังนี้

พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483	
เดิม	<p>มาตรา 89 “เมื่อศาลได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งได้จดทะเบียน หรือห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้ว เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจมีคำขอโดยทำเป็นคำร้องให้บุคคลซึ่งนำสืบได้ว่าเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนนั้นล้มละลายได้ โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีขึ้นใหม่”</p>
แก้ไข	<p>มาตรา 89 “เมื่อศาลได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งได้จดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัดแล้ว เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจมีคำขอโดยทำเป็นคำร้องให้บุคคลซึ่งนำสืบได้ว่าเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนนั้นหรือบุคคลซึ่งนำสืบได้ว่าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้นล้มละลายได้ โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีขึ้นใหม่”</p>

ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 วรรคสอง ซึ่งกล่าวไว้ในหัวข้อที่ 1 ด้วยเพื่อให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบกับบริษัทเอกชนจำกัดก่อน แล้วจึงให้ผู้ถือหุ้นต้องถูกพิทักษ์ทรัพย์ตามมาตรา 1096 นอกจากนี้การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลพิทักษ์ทรัพย์ของผู้ถือหุ้นที่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัทเอกชนจำกัด เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ในคดีล้มละลายเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 มาตรา 213 (1) และ (2) และคำพิพากษาในคดีล้มละลายของประเทศอังกฤษ แนวคำพิพากษาคดีล้มละลายในประเทศสหรัฐอเมริกา พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 มาตรา 588 W ของประเทศออสเตรเลีย และรัฐบัญญัติบริษัท มาตรา 340 (1) และ (2) ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์

สำหรับผู้ถือหุ้นที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 1096 วรรคสองในหัวข้อที่ 1 ซึ่งผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิต่อสู้ว่าตนเองมิได้มีหนี้สินล้นพ้นตัวโดยเทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2778/2552

หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท ในวรรคสองของมาตรา 1096 มาตรา 1217 มาตรา 1219 มาตรา 1237 (1)-(4) มาตรา 1265 มาตรา 1266 และแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 89 แล้ว ผู้ศึกษาเชื่อว่าจะแก้ไขปัญหาการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัด ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัดโดยมีทุนจดทะเบียนต่ำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัญหาอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในการตรวจบริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัญหาอำนาจศาลในการสั่งเลิกบริษัทเอกชนจำกัด และความรับผิดของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และปัญหาความรับผิดของ ผู้ถือหุ้นในกรณีที่ผู้ถือหุ้นตั้งบริษัทเอกชนจำกัด โดยมีทุนจดทะเบียนต่ำตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ได้ และส่งผลให้เจ้าหนี้ของบริษัทเอกชนจำกัดได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนได้

### บรรณานุกรม

ทิพย์ชนก รัตนโนสธ. คำอธิบายเรียงมาตรา กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.



- นัดดา โชคบุญถียานนท์, เต๋นฟ้า เรืองฤทธิ์เดช และ พรหมพร มูลศาสตร์ จารุวาที. **การปกป้องฐานภาษีของประเทศแหล่งเงินได้: ศึกษากรณีการตั้งราคา โอน การตั้งเงินทุนต่ำหรือการหักรายได้.** กรุงเทพมหานคร: กองการต่างประเทศ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552.
- พิเชษฐ เมลาณนท์ และ สราวุธ ปิตยาศักดิ์. “ลักษณะทั่วไปขององค์ธุรกิจและกิจการเจ้าของรายเดียว.” ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7. พิมพ์ครั้งที่ 8, หน้า 1-71. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช, 2554.
- พิเศษ เสตเสถียร. **บริษัทจำกัด กฎหมายสำหรับนักบริหารและนักธุรกิจ.** พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2552.
- พิมพ์ใจ รื่นเรือง. “การไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล.” เอกสารประกอบคำบรรยายกระบวนวิชาพาณิชย์เปรียบเทียบLAW6817หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตภาคพิเศษคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพมหานคร. 17 กันยายน พ.ศ. 2557.
- ภาสกร ชูณหอไร. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท ฉบับพิมพ์ปี พ.ศ. 2539 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 มาตรา 1012-1273 และตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2534.** กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2539.
- โสภณ รัตนกร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท.** พิมพ์ครั้งที่ 11 กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2551.
- สุเมธ ศิริคุณโชติ. **กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- สมชัย ทิมาอุตมากร. **พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มละลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2522 ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549 ฉบับสมบูรณ์.** กรุงเทพมหานคร: พลสยาม, 2553.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. **ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนและบริษัท.** พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2551.
- หัตถศักดิ์ ณ ป้อมเพ็ชร. “ทุนและการจัดหาเงินทุนสำหรับองค์กรธุรกิจ.” เอกสารการสอนชุดวิชา **กฎหมายพาณิชย์ 4 Commercial Law IV หน่วยที่ 8-15.** พิมพ์ครั้งที่ 9, นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมิกราช, 2555.
- Bebchuk, L. “The Case of Increasing Shareholder Power.” *Harvard Law Review* 118, 3 (2004): 833-914.

- Chandran, Ravi. **Introduction to Business Law in Singapore**. Singapore: Mc Graw Hill, 2002.
- Cheeseman, Henry R. **Business Law: ethic, International & E-Commerce Environment**. 4th ed. Upper Saddle River, NJ: Prentice-Hall, 2001.
- Chow, Daniel C.K. **The Legal System of the People's Republic of China**. 2nd ed. St. Paul, MN: West, 2009.
- Ciro, Tony and Sysmes Christopher. **Corporations law in prinicle**. 8th ed. Sydney: Thomson Reuthers, 2009.
- Davies, Paul. **Introduction to Company Law**. 2nd ed. New York: Oxford University, 2010.
- Keay Andrew and Walton Perter. **Insolvency Law**. Great Britain: Pearson Education Limited, 2003. อ้างถึงใน วิชา มหาคุณ. คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2551.
- Kobras, Schweizer. **Corporate Law** [Online]. Available URL: [http://www.schweizer.com.au/articles/Corporate\\_Law\\_\(SK00079638\).pdf](http://www.schweizer.com.au/articles/Corporate_Law_(SK00079638).pdf): 2014 (October, 20).
- legislation.gov.uk. **Companies Act 2006 Explanatory Notes** [Online]. Available URL: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpgaen\\_20060046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpgaen_20060046_en.pdf), 2014 (มิถุนายน, 11).
- Lipton, Phillip and Herzberg Abe. **Understanding Company Law**. 14th Sydney: Lawbook, 2008.
- Manning, Bayless. **A Concise Textbook on Legal Capital**. 2nd ed. Mineola, NY: Foundation, 1981. cited by Cahn Andreas and Donald David C. **Comparative Company Law Text and Case on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA**. New York: Cambridge University, 2010.
- Miles, Christine and Dowler Warwick. **A Guide to Business Law**. 18th ed. Sydney: Thomson Lawbook co, 2008.
- Roach, Lee. **Card & James' Business law for business, accounting & finance students**. (New York: Oxford University, 2009).

- Tabalujan, Benny S and Toit-Low Valerie Du. **Singapore Business Law**. 15th ed. Singapore: Business Law Asia, 2009.
- Woon, Walter. **Basic Business Law in Singapore**. Singapore: Prentice Hall, 1995.
- Wu, Mark. "Piercing China's Corporate Veil: Open Questions from the New Company Law." **The Yale Law Journal** 117, 3 (2007): 329-338.

## บทบาทของกฎหมายเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ\*

## The Role of the Law in Promoting Corporate Social Responsibility (CSR)

ดร.ภัทราวรรณ รัตนเกษตร\*\*

Dr.Patrawan Rattanakaset

## บทคัดย่อ

ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการเกิดจากการยอมรับด้วยความสมัครใจ โดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจกรรมขององค์กรธุรกิจมีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมในรูปแบบของแนวทางปฏิบัติ ไม่ใช่คำแนะนำทางกฎหมาย ไม่ได้มีความผูกพันในการตีความ ไม่มีสภาพบังคับและบทลงโทษ อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการก็ไม่สามารถเกิดขึ้นและขับเคลื่อนได้หากไม่มีความเชื่อมโยงกับกฎหมาย บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะวิเคราะห์ถึงความเชื่อมโยงระหว่างแนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการและกฎหมาย เพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการอย่างยั่งยืนอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

## Abstract

Corporate social responsibility can be voluntarily adopted by business entities with the objective to promote the activities of the organizations relating to social responsibility and environment in the form of practical guidance, but it is not legal advice and there is no need for interpretation, no binding force and no penalties. However, the social responsibility of business entities cannot be properly established and formed if there is no law to support it and no connection with the law. This article aims to analyze the relationship between the social responsibility of business entities and the law in order to ensure that business entities are committed to Corporate Social Responsibility (CSR) sustainably and effectively.

คำสำคัญ : ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ กฎหมายอย่างอ่อน กฎเกณฑ์ของกฎหมาย

Keywords : Corporate Social Responsibility (CSR), Soft Law, Rule of Law

\*Docteur en droit privée คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา 56000 (Email: Patrawan.ra@up.ac.th).

\*\*Docteur en droit privée, School of Law, University of Phayao, Phayao, 56000.

## บทนำ

ความรับผิดชอบต่อหลักของกิจการที่มีต่อสังคมในมุมมองขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) คือ บทบาทของการทำธุรกิจที่มีต่อสังคม ซึ่งหมายถึงการดำเนินการลงทุนเพื่อให้ผลตอบแทนที่เพียงพอแก่สังคมในฐานะที่สังคมเป็นผู้ส่งมอบทรัพยากรต่างๆ ให้กิจการนำมาใช้ประโยชน์ ทั้งนี้ OECD ได้กำหนดกรอบแนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการออกเป็น 7 แนวทางดังนี้ การกำกับดูแลกิจการที่ดี, การประกอบธุรกิจด้วยความเป็นธรรม, การเคารพสิทธิและการปฏิบัติต่อแรงงานอย่างเป็นธรรม, ความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค, การร่วมพัฒนาชุมชนและสังคม, การดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม, การเผยแพร่นวัตกรรมจากการดำเนินความรับผิดชอบต่อสังคม, การจัดทำรายงานด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากิจการมีหน้าที่ที่จะปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่แล้วก็ตาม แต่ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการในบริบทของความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility: CSR) อยู่นอกเหนือจากหน้าที่หลักดังกล่าว เพราะในทางปฏิบัติมักต้องคำนึงถึงความคาดหวังจากสังคมซึ่งมีได้ระบุอยู่ในข้อกำหนดทางกฎหมาย ทำให้การดำเนินธุรกิจในปัจจุบันเผชิญกับความท้าทาย โดยเฉพาะการดำเนินงานที่ต้องถูกกฎหมายเท่านั้น แต่ยังคงไม่ขัดกับจารีตของสังคมด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีข้อถกเถียงเรื่องประสิทธิผลของการดำเนินความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการที่เป็นไปโดยสมัครใจ ฝ่ายหนึ่งเชื่อว่าจะเป็นหนทางนำไปสู่การสร้างบรรทัดฐานที่มีประสิทธิผลสำหรับการทำธุรกิจอย่างมีความรับผิดชอบต่อสังคม ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งมองว่าเป็นเพียงภาพของการประชาสัมพันธ์ที่ไร้ผล หากแต่ต้องใช้วิธีกำหนดเป็นข้อผูกมัดทางกฎหมายและบังคับให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายเหล่านั้น ในประเด็นดังกล่าวนี้ OECD เชื่อว่าการริเริ่มโดยสมัครใจจะเปิดโอกาสให้ธุรกิจและสังคมหาหนทางที่จะก้าวไปข้างหน้าได้ในหลายกรณี ซึ่งมาตรฐานของการปฏิบัติทางธุรกิจอันเป็นที่ยอมรับได้ยังคงมีความคลุมเครืออยู่ โดยเฉพาะเรื่องขอบเขตของความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ (Corporate Social Responsibility: CSR) ที่ยังคงเข้าใจไม่ถูกต้องตรงกัน กิจการหลายแห่งยังเห็นว่า CSR คือ เรื่องที่ธุรกิจนำผลกำไรที่ได้มาทำประโยชน์ให้สังคม (CRS-after- process) โดยไม่ได้เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานทางธุรกิจ ซึ่งในความจริงควรให้ความสำคัญต่อความรับผิดชอบต่อสังคมในกระบวนการดำเนินงานขององค์กร (CRS-in-process) หรือการให้องค์กรสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมในเนื้อหาขององค์กรนั้นมากกว่างานบริการเพื่อสังคมโดยทั่วไป เพื่อสร้างภาพลักษณ์ของการบริการสังคมให้แก่องค์กร เพราะหากเป็นกรณีหลังก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการที่จะนำไปสู่ความมั่นคงของสังคมและสิ่งแวดล้อมที่ยั่งยืนต่อไปได้ ดังนั้น บทความนี้จึงต้องการศึกษาความเป็นไปได้ในการเชื่อมโยงกฎหมายที่มีสภาพบังคับ (Hard law) เช่น กฎหมายสิ่งแวดล้อม, กฎหมายแรงงาน, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น มาพิจารณา ร่วมกับแนวทางปฏิบัติที่ไม่มีสภาพบังคับเช่นเดียวกับกฎหมาย (Soft law) เพื่อนำมาปรับใช้กับแนวทางของ OECD อันจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันถึงลักษณะการสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการธุรกิจ (CSR) ให้ยั่งยืนและเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น

## 1. บทบาทและความสำคัญของความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ CSR ในปัจจุบัน

ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ หรือ (Corporate Social Responsibility: CSR) หมายถึง การดำเนินกิจกรรมภายในและภายนอกองค์กรที่คำนึงถึงผลกระทบต่อสังคมทั้งในระดับใกล้เคียงที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการโดยตรง เช่น ลูกค้า คู่ค้า พนักงานและครอบครัวของพนักงาน ชุมชนที่องค์กรตั้งอยู่ สิ่งแวดล้อม และต่อสังคมในระดับใกล้เคียงกับองค์กรโดยอ้อม เช่น ประชาชนทั่วไป คู่แข่งขันทางธุรกิจ และระบบนิเวศโดยรวม อย่างไรก็ตามอิทธิพลของแนวทางปฏิบัติเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการในปัจจุบันสอดคล้องกับจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจโดยทั่วไป ซึ่งไม่เฉพาะเจาะจงเพียงแค่จริยธรรมของใครคนใด คนหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว และอาจจะเกิดจากการตกลงใจร่วมกันหลายฝ่ายขององค์กร อันเป็นผลจากการแสดงออกและกิจกรรมขององค์กรเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมนั้น ทำให้เกิดความเคารพและรับฟังผู้เกี่ยวข้องทุกคนและทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจการขององค์กร ซึ่งหมายความว่า ความรับผิดชอบต่อสังคมไม่ได้เป็นเพียงการสร้างจริยธรรมให้แก่บุคคลเท่านั้น แต่เป็นการสร้างจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจในภาพรวมของทุกส่วนร่วมกัน โดยนัยยะดังกล่าวนี้ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการที่มีผลต่อผู้บริหาร คือ นับจากนี้ต่อไป ผู้บริหารไม่เพียงแต่ต้องเคารพตามกฎหมายแต่ยังต้องคำนึงถึงจริยธรรมต่อการบริหารในองค์กร ทั้งต่อตัวลูกจ้าง ลูกค้า คู่ค้า ตลอดจนชุมชนแวดล้อม สถานที่ประกอบการ และสิ่งแวดล้อม เพื่อแสดงให้เห็นว่าองค์กรไม่อาจละเลยเพิกเฉยต่อการเป็นส่วนหนึ่งของสังคม และต้องมีส่วนรับผิดชอบต่อสังคมให้เท่ากับหรือมากกว่าวัตถุประสงค์จากทรัพยากรธรรมชาติมอบให้

ในส่วนของผลที่มีต่อการประกอบการของกิจการ หากพิจารณาว่าความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ (CSR) เป็นนโยบายภายนอกที่ทำให้องค์กรเกิดความสมัครใจยอมรับกันเอง เท่ากับเป็นคำตอบว่าความต้องการที่จะอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมและความรับผิดชอบต่อสังคม เป็นวัตถุประสงค์อันแข็งแกร่งที่ไม่ใช่เพียงแค่การบริหารจัดการองค์กรในฐานะที่เป็นส่วนขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากแต่เป็นการตอบสนองถึงความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ที่ต้องการความทัดเทียมเท่ากันกับคนอื่นในสังคม ทั้งนี้ เมื่อกลไกทางสังคมและธุรกิจสามารถผสมผสานความสมดุลระหว่างการสร้างรายได้และประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้คนหลุดจากระบบทุนนิยมและมีความเท่าเทียมกันกับคนอื่นในสังคม ดังนั้น การสร้างกิจการเพื่อสังคมอาจเรียกว่าเป็นการสร้างระบบนิเวศทางสังคมอย่างหนึ่ง

สำหรับบทบาทของความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียนั้น ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการเหมือนเป็นคำตอบให้กับผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ ที่ไม่ใช่แค่เจ้าของกิจการและผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่หมายรวมถึงพนักงาน คู่ค้า ลูกค้า ชุมชนที่ตั้งของกิจการ รัฐบาล และทุกคนที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกิจการที่มีโอกาสสร้างผลกระทบหรือได้รับผลกระทบต่อการประกอบกิจการ มีส่วนร่วมได้แย่ง และร่วมตรวจสอบการดำเนินกิจการเพื่อสร้างความโปร่งใสและลดปัญหาอุปสรรค ในส่วนผู้บริโภคกิจการต้องมีระบบดูแลและรับผิดชอบต่อผู้บริโภคในทุกๆ กระบวนการของสินค้าและบริการให้มีความปลอดภัย และเหมาะสมกับกลุ่มผู้บริโภค

นอกจากนี้ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการสามารถสร้างคุณประโยชน์ให้เกิดแก่ธุรกิจได้หลายด้านด้วยกัน ได้แก่ การสร้างความน่าเชื่อถือให้กับธุรกิจ หากความน่าเชื่อถือและความสามารถในการประกอบการของบริษัทมีความเชื่อมโยงกัน กล่าวคือ ถ้าบริษัทสามารถจัดการความสัมพันธ์และความคาดหวังของผู้ที่มีส่วนได้ส่วนเสียอย่างเป็นองค์รวม จะส่งผลต่อกำไรและการเจริญเติบโตของการทำงานมากกว่าบริษัทที่ตอบสนองความต้องการของผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียว นอกจากนี้ CSR ยังสามารถช่วยสร้างภาพลักษณ์ที่ดีต่อสังคมที่อาจเรียกได้ว่าเป็นภูมิคุ้มกันที่ดีของบริษัทเมื่อถึงคราววิกฤติเกิดกับบริษัท บริษัทที่มีบทบาทแสดงความรับผิดชอบต่อสังคมอย่างต่อเนื่องย่อมมีโอกาสจะได้รับการสนับสนุนจากลูกค้ามากกว่าบริษัทที่ไม่ทำอะไรเพื่อสังคมเลย ยิ่งไปกว่านั้น CSR ยังช่วยสร้างความสัมพันธ์ที่ดีกับนักลงทุนและช่วยบริษัทในการเข้าถึงแหล่งทุน เช่น ตลาดหลักทรัพย์ในสหรัฐอเมริกาได้ผลักดันให้มีตลาดหุ้นที่ซื้อขายสำหรับบริษัทที่ดำเนินการด้าน CSR โดยเฉพาะและ CSR ช่วยพัฒนาในด้านการเรียนรู้และสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ เช่น ฮิวเลตต์แพคการ์ด ที่เคยให้ความช่วยเหลือด้านเทคโนโลยีในชุมชนห่างไกลในอินเดียที่ไม่มีไฟฟ้าใช้ ได้คิดค้นเครื่องพริ้นเตอร์ที่ไม่ต้องใช้ไฟฟ้าเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องไฟฟ้า ในที่สุดนวัตกรรมนี้ถูกนำมาใช้เป็นสินค้าตัวหนึ่งของบริษัท เป็นต้น ดังนั้น ถ้าหากธุรกิจที่ประกอบการอยู่มีความเข้าใจอย่างถ่องแท้และให้ความสำคัญในการดำเนินนโยบายด้าน CSR สิ่งนี้จะสร้างความมั่นใจในการดำเนินธุรกิจและสร้างความเชื่อมั่นในระยะยาวให้นักลงทุนมากยิ่งขึ้น

## 2. ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการมีลักษณะเป็นกฎหมายอย่างอ่อน (Soft law)

กรอบแนวคิดของความรับผิดชอบต่อสังคม คือ การสร้างการมีส่วนร่วมในความรับผิดชอบต่อกิจการที่มีต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม ภายใต้ความสมัครใจของผู้ประกอบการในรูปแบบของการดำเนินกิจกรรม เช่น แนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ ซึ่งกำหนดโดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ทั้งนี้ ไม่มีการบังคับหรือบทลงโทษแต่อย่างใดหากไม่มีการฝ่าฝืนแนวปฏิบัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม อาจเกิดความสงสัยว่าแนวทางปฏิบัติในการดำเนินกิจกรรมเพื่อสังคมและสิ่งแวดล้อมดังกล่าวนี้ไม่ใช่กฎหมาย แม้ว่าแนวทางปฏิบัติดังกล่าวจะกระตุ้นให้เกิดจริยธรรมในการประกอบกิจการ (l'éthique des affaires) และมีส่วนเกี่ยวข้องในการขับเคลื่อนกฎหมายที่บังคับใช้ปัจจุบันให้เกิดความรับผิดชอบต่อสังคมซึ่งองค์กรธุรกิจต้องปฏิบัติตาม เช่น กฎหมายสิ่งแวดล้อม, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และกฎหมายภาษี แต่เมื่อพิจารณาแล้วพบว่าอาจมีช่องว่างระหว่างแนวทางปฏิบัติและการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งทั้งสองสิ่งนี้ควรดำเนินไปอย่างสอดคล้องและสนับสนุนซึ่งกันและกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้และไม่อาจกล่าวได้ว่าแนวทางปฏิบัติหรือรูปแบบในการดำเนินกิจกรรมนั้นไม่ได้สนับสนุนให้เกิดการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งก็หมายความว่าแนวทางปฏิบัตินั้นอาจจะเป็นส่วนหนึ่งของแรงขับเคลื่อนในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดผลในทางปฏิบัติ และแนวทางปฏิบัติดังกล่าวนี้จะเรียกสถานะว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งพิจารณาออกเป็นสองลักษณะดังนี้ คือ ประการแรก ศึกษาความเชื่อมโยงและสนับสนุนซึ่งกันและกันระหว่าง Soft law และบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันมีสภาพบังคับ

เพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ ประการที่สองความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการในฐานะที่เป็นบรรทัดฐานสังคม (Norms)

## 2.1 ความเชื่อมโยงและสนับสนุนซึ่งกันและกันระหว่างกฎหมายที่มีสภาพบังคับ (Hard law) และกฎหมายอย่างอ่อน (Soft law) ต่อการสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ

ความรับผิดชอบต่อสังคมเมื่อพิจารณาในมุมมองด้านจริยธรรมของผู้ประกอบการที่มีต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม พบว่าความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการเกิดจากการยอมรับด้วยความสมัครใจของผู้ประกอบการทั้งในลักษณะการยอมรับแต่เพียงฝ่ายเดียวและการยอมรับร่วมกันขององค์กรในรูปแบบของแนวทางปฏิบัติ ซึ่งไม่ใช่คำแนะนำทางกฎหมายและไม่ได้มีความผูกพันในการตีความตามกฎหมาย ไม่มีสภาพบังคับและบทลงโทษโดยกฎหมายหากฝ่าฝืนแต่อย่างใด แต่ในอีกด้านหนึ่งหากต้องการทำให้ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการธุรกิจเป็นไปอย่างยั่งยืนและมีประสิทธิภาพ การสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมที่เกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจดังกล่าวนี้ก็ไม่ควรจำกัดอยู่เพียงกฎหมายที่เกี่ยวข้องในลักษณะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีสภาพบังคับหรือ Hard law เท่านั้น แต่ยังรวมถึงความรับผิดชอบต่อสังคมภายใต้แนวทางปฏิบัติที่กำหนดขึ้นหรือที่เรียกว่า กฎหมายอย่างอ่อน (Soft law) ดังนั้นเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการอย่างยั่งยืน มีประสิทธิภาพ และประสิทธิผล จำเป็นต้องศึกษาแนวทางในการบูรณาการทั้งด้านกิจกรรมในทางปฏิบัติควบคู่ไปกับกฎหมาย กฎเกณฑ์ ประกาศ รวมทั้งแนวทางปฏิบัติเข้าด้วยกันเพื่อสร้างกฎเกณฑ์อันเป็นรูปแบบที่มีสภาพบังคับในตัวเองอันเกิดจากความสมัครใจขององค์กรที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมอย่างแท้จริง

### 2.1.1 บทบาทของ Soft law ในฐานะกฎหมาย

หากกฎหมายคือกฎหมายหรือคำสั่งที่ออกโดยรัฐาธิปัตย์ ในการตรากฎหมายหรือออกกฎระเบียบและการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งกระทำโดยศาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากฝ่าฝืนย่อมมีบทลงโทษอันมีสภาพบังคับ (Hard law) แต่กฎหมายอย่างอ่อน หรือ Soft law จะเป็นไปในลักษณะที่ตรงกันข้ามโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ Soft law เป็นกฎกติกาที่ออกโดยกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่คำสั่งที่อาศัยอำนาจของรัฐาธิปัตย์ แต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวจะออกโดยรัฐหรือเอกชนก็ย่อมทำได้ เพื่อก่อให้เกิดการบริการที่ดี มีการบังคับกันเอง โดยเฉพาะในกิจการที่เกี่ยวกับการยกสถานะความเป็นอยู่หรือความปลอดภัยทางด้านสุขภาพของประชาชน หรือมาตรฐานการบริหารและการบริการที่ดีอันควรปฏิบัติ ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ไม่มีสภาพบังคับและไม่มีบทลงโทษหากฝ่าฝืน

อนึ่งการเกิดขึ้นของ Soft law ไม่ปรากฏเฉพาะแต่กฎหมายระหว่างประเทศ, ข้อตกลงร่วมกันในทางระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ แต่ยังรวมถึงการผสมผสานกฎเกณฑ์ร่วมกันในลักษณะที่เป็นข้อตกลง หรือข้อกำหนดจากฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายภายใน รวมทั้งคำวินิจฉัยขององค์กรอิสระเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงภาคธุรกิจเอกชนที่เริ่มมีการยอมรับ Soft law มากขึ้น ในลักษณะของการกำหนดแนวทางปฏิบัติร่วมกันขององค์กรเอกชน เช่น แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่



ดีของคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดเพิ่มเติมหรือนโยบายของบริษัทเกี่ยวกับ ความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility) เป็นต้น ลักษณะของคำประกาศ ข้อเสนอแนะ หรือแนวทางปฏิบัติเหล่านี้จะอาศัยความสมัครใจและความร่วมมือของผู้ประกอบการเป็นสำคัญ โดยไม่มีรูปแบบของสภาพบังคับและการลงโทษเหมือนกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีสภาพบังคับที่เคร่งครัด แต่ในทางตรงกันข้ามกลับให้ความรู้สึกรู้ว่าต้องปฏิบัติตามแม้ว่าจะไม่มีหน้าที่ที่ต้องทำตามและ ไม่มีบทลงโทษแต่เป็นสิ่งที่จำเป็น

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ “แบบ” ของกฎหมาย พบว่าความเป็น Soft law ขาดสาระสำคัญอันเป็นส่วนหนึ่งใน “แบบ” ของกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีหน้าที่บังคับให้ปฏิบัติตาม, ไม่มีสิ่งบ่งบอกว่ามันเป็นบรรทัดฐานทางสังคม, ไม่มีความเคร่งครัดในตัวเอง นั่นก็หมายความว่ามีความยืดหยุ่นและอ่อน (Soft) มากกว่าเมื่อเทียบกับกฎหมายอันมีลักษณะบังคับที่เคร่งครัด (Hard law)

### 2.1.2 ลักษณะของกฎหมายอย่างอ่อน (Soft law) กับ “แบบ” ของกฎหมาย

ภายใต้ทฤษฎีกฎหมายตามแนวคิดปฏิฐานนิยมของ จอห์น ออสติน (John Austin) มุ่งเน้นความสำคัญของกฎหมายจากลักษณะภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องอำนาจและการลงโทษ ในฐานะเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์ของกฎหมาย ซึ่งแสดงออกมาในรูปแบบของสภาพบังคับของกฎหมายเท่านั้น<sup>1</sup>

อย่างไรก็ตามแนวทางของนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายในครั้งหลังศตวรรษที่ 20 นี้ มีลักษณะเปิดกว้างมากกว่าโดยยึดในทฤษฎีปฏิฐานนิยมน้อยลง พร้อมกับให้ความสำคัญเรื่องอรรถประโยชน์ที่เป็นจริงมากขึ้น<sup>2</sup> โดยเน้นเรื่องลักษณะภายในของกฎหมายอันเกี่ยวกับความถูกต้องเหมาะสมของตัวกฎหมายอันเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะสร้างความรู้สึกรู้ว่าสิ่งนี้เป็นสิ่งที่ดีและได้รับแรงสนับสนุนจากสังคม ซึ่งแรงสนับสนุนดังกล่าวนี้จัดเป็น “ทรศนะภายใน” ของบุคคลที่มีต่อกฎหมายที่จะใช้บังคับต่อคนในสังคมที่สะท้อนออกมาในรูปแบบของการวิจารณ์ หรือดำเนินการกระทำนอกกรอบ รอยกฎหมาย หรือจากการยอมรับว่าบรรทัดฐานความประพฤติที่กำหนดไว้ในกฎหมายเป็นสิ่งถูกต้องเหมาะสมแล้วอย่างแท้จริง โดยจะปรากฏให้เห็นในสังคม เช่น คำวิจารณ์ว่าควรจะทำสิ่งนี้ ควรต้องทำสิ่งนั้น หรือการกระทำเช่นนี้ถึงจะถูกหรือผิด

H.L.A. Hart มองว่าระบบกฎหมายนั้นเป็นระบบแห่งกฎเกณฑ์ทางสังคมรูปแบบหนึ่ง “กฎเกณฑ์ทางสังคม” ในความหมายของฮาร์ท เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดพันธะหน้าที่ ซึ่งเป็นกฎที่บังคับหรือเรียกร้องให้ผู้คนปฏิบัติตามควบคู่ไปกับแรงกดดันทางสังคมที่มีต่อผู้ที่ไม่ปฏิบัติตาม

<sup>1</sup>Austin J., *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Johe MURRAY, Albemarle Street, 1832), p. 33.

<sup>2</sup>Robert S. Summers, *The New Analytical Jurists* (New York University Law Quarterly. 41 (1966): 861-896.

ได้แก่ กฎเกณฑ์ทางด้านจริยธรรม ศีลธรรม กฎเกณฑ์ที่เป็นกติกากาการแข่งขัน ข้อตกลงร่วมกัน เป็นต้น หนึ่งกฎเกณฑ์ที่กำหนดพันธะหน้าที่ดังกล่าวอาจปรากฏอยู่ในรูปกฎหมายที่มีบทลงโทษทางกายภาพ หรือปรากฏอยู่ในรูปศีลธรรม ซึ่งไม่มีการลงโทษทางกายภาพใดๆ ต่อผู้ฝ่าฝืน<sup>3</sup> ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจาก ทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น สามารถพิจารณาแยกลักษณะของ Soft law ดังนี้

ประการแรก หากพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของกฎหมายที่ต้องมีความเคร่งครัด พบว่า Soft law เป็นกฎหมายที่มีความเคร่งครัดในการบังคับตามด้วยบทน้อยหรือมีความอ่อนในการ บังคับ ซึ่งตามแนวคิดของ ฮาร์ท เห็นว่าภายใต้กรอบ (Legal Positivism) กฎเกณฑ์จะมีลักษณะ เปิดกว้างให้ต้องตีความในเนื้อหาเพิ่มมากขึ้น ด้วยเหตุนี้เอง ฮาร์ท จึงสรุปว่า แม้ภายในกรอบของกฎหมาย ทางกฎหมาย ซึ่งมีความชัดเจนในระดับหนึ่งก็ยังคงต้องมีพื้นที่ให้ใช้ “ดุลยพินิจ” ของผู้พิพากษาหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ สำหรับใช้เป็นเครื่องมือยุติปัญหาควบคู่ไปกับการยึดถือด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย และในการใช้ดุลยพินิจดังกล่าวจำเป็นที่ผู้ใช้ต้องอาศัยหรือคำนึงด้วยความรอบคอบต่อเงื่อนไขที่มีใช้ เป็น กฎหมาย เช่น ศีลธรรม ทัศนคติทางการเมืองหรือเหตุผลความเหมาะสมต่างๆ มาประกอบด้วย อันมีผล ก่อให้เกิดหลักเรื่องความซื่อสัตย์สุจริต, หลักกรรมสิทธิ์, มาตรฐานที่วิญญูชนประพฤติปฏิบัติ

ประการที่สอง ในเรื่องสภาพบังคับ อาจกล่าวได้ว่า Soft law ไม่มีสภาพบังคับ เพราะไม่ใช่คำสั่งที่สามารถให้ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น กล่าวคือ เป็นคำสั่งที่ไม่มีอำนาจบังคับในตัวเอง แต่เป็น แนวทางปฏิบัติที่มีความอ่อน ดังเช่นที่ปรากฏในลักษณะคำแนะนำ ความคิดเห็น การเชิญชวน ซึ่งไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตาม

ประการที่สาม Soft law ไม่มีบทลงโทษที่ปรากฏเด่นชัดในบทบัญญัติของ กฎหมาย แต่อาจได้รับการวิจารณ์ในการกระทำที่ถือว่าผิดจากสังคม หรืออาจกล่าวได้ว่าสังคมจะเป็น ผู้ตัดสินและลงโทษการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดนั่นเอง ในประเด็นนี้ พูลเลอร์ กล่าวว่า “เราไม่อาจ เข้าใจได้เลยว่ากฎเกณฑ์ แต่ละเรื่องคืออะไร จนกว่าเราจะทราบกฎเกณฑ์นั้นๆ ว่ามีจุดมุ่งหมายอย่างไร”<sup>4</sup> ซึ่งจุดมุ่งหมายนั้นก็คือ การควบคุมการกระทำของมนุษย์ให้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ และกฎเกณฑ์นั้น ไม่สามารถดำรงอยู่ได้โดยปราศจากคุณภาพทางศีลธรรม (moral) ที่อยู่ภายใต้ตัวกฎนั้น เพื่อส่งเสริม อุดมคติเรื่องความสงบเรียบร้อยของสังคม

## 2.2 ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการในฐานะที่เป็นบรรทัดฐานสังคม (Norms)

การเป็นกฎหมายอย่างอ่อน (Soft law) ดังกล่าวข้างต้นจะสามารถเรียกได้ว่าเป็นกฎ เกณฑ์ของกฎหมายได้หรือไม่นั้น ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจความหมายและความสอดคล้องซึ่งกันและ กันระหว่างกฎเกณฑ์ของกฎหมายและบรรทัดฐานของสังคมก่อนเป็นลำดับแรก

ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจก่อนว่า ขอบคำจำกัดความของ กฎเกณฑ์ (Regulation) มีลักษณะเป็น “กฎ” ที่ใช้ร่วมกันอันมีสภาพบังคับและบรรทัดฐาน (Norms) ในฐานะที่เรียกว่า เป็น

<sup>3</sup>Hart H.L.A, *Le concept de droit* (Bruxelles: Fac. Université de St Louis, 1994), p. 90.

<sup>4</sup>Orianne P., *Introduction au système juridique* (Bruxelles: Bruylant, 1982), pp. 42-44.

มาตรฐานหรือบรรทัดฐานที่ใช้ปฏิบัติร่วมกันเป็นความประพฤติกำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>5</sup> ดังนั้น บรรทัดฐาน (Norms) จึงหมายถึง สิ่งที่ดีควรจะเป็นหรือควรจะเป็นโดยเฉพะอย่างยิ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์ควรประพฤติปฏิบัติโดยแน่นอน

จากความเข้าใจดังกล่าวข้างต้นสามารถพิจารณาต่อไปได้ว่า Norms สามารถแยกออกเป็นสองลักษณะ คือ กฎ (Regulation) และบรรทัดฐาน (Norms) ทั้งสองคำนี้มีความหมายและขอบเขตทับซ้อนกันอยู่ แต่ทั้งสองคำมีขอบเขตและลักษณะที่แตกต่างกันแต่ก็เกี่ยวเนื่องกันและกัน จนอาจกล่าวได้ว่า Norms เป็นแนวบรรทัดฐานทางสังคมที่ยึดถือปฏิบัติกันสืบต่อกันมาจนกลายเป็นกฎเกณฑ์ (Regulation) อันมีลักษณะที่เป็นสภาพบังคับ<sup>6</sup>

“กฎเกณฑ์” ทำให้เกิดแนวทางปฏิบัติอันมีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น การทำหน้าที่เป็น “กฎเกณฑ์” ประกอบด้วยการทำหน้าที่สองส่วนที่เป็นสาระสำคัญนอกเหนือจากการทำหน้าที่เป็นแนวทางแล้ว ยังต้องประกอบด้วยหน้าที่ในส่วนของการใช้วัดความเหมาะสมให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมเพื่อสร้าง “รูปแบบ” อันเป็นแนวทางแห่งกฎเกณฑ์ของกฎหมาย เพราะฉะนั้น “กฎเกณฑ์” จึงอาจกล่าวได้อีกนัยว่า กฎเกณฑ์เกิดจากการปฏิบัติเป็นรูปแบบของการอ้างอิงอย่างหนึ่งเพื่อใช้ประกอบคำตัดสินภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายและแน่นอนว่า สำหรับกฎเกณฑ์ในลักษณะของกฎหมายที่มีสภาพบังคับ (Hard law) ที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดพร้อมทั้งมีบทลงโทษ หากมีการฝ่าฝืน ในทางตรงกันข้ามกฎเกณฑ์ที่มีความอ่อนของ Soft law ในลักษณะของการไม่มีสภาพบังคับหรือมีหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติตาม, ไม่มีบทลงโทษ แนวโน้มในการทำหน้าที่เป็นรูปแบบการอ้างอิงที่ไม่มิวัดตุประสงค์เป็นเครื่องมือในการวัดการกระทำ อย่างไร ก็ตาม เพื่อให้เกิดการตัดสินใจภายใต้ข้อเท็จจริงที่เป็นอยู่ ในกรณีนี้การปราศจากบทลงโทษไม่อาจกล่าวได้ว่าไม่มีการกระทำความผิด แต่ในทางตรงกันข้าม มันเป็นรากฐานอันก่อให้เกิดการยอมรับให้มีการตัดสินบนพื้นฐานแห่งความเหมาะสม ในส่วนนี้หากพิจารณาในมุมมองที่ว่า Soft law ก็เป็นส่วนหนึ่งของ Norms ซึ่งเป็นบรรทัดฐานอันมีลักษณะที่ต้องปฏิบัติ อันนำไปสู่กฎเกณฑ์ในตัวมันเอง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของ Soft law หรือ Hard law ล้วนมีส่วนประกอบของ Norms อยู่ด้วยทั้งสิ้น

<sup>5</sup>Amssek P., in *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*. RD publ. 1982 Jan 1; 82:287.

<sup>6</sup>กฎซึ่งจะเป็นกฎหมาย หมายถึง คำสั่งหรือกฎเกณฑ์ความประพฤติทั่วไป ซึ่ง ออสติน แยกออกเป็น 3 ประการ คือ

- 1) คำสั่งของพระเจ้าหรือกฎที่มีอำนาจเหนือมนุษย์ตั้งขึ้นซึ่งออสตินถือว่าคำสั่งหรือกฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้านี้เป็นเสมือนหลักที่พึงสำหรับกฎหมายอันแท้จริง
- 2) คำสั่งของรัฐอธิปไตย หรือกฎเกณฑ์ที่เป็นสารบัญญัติอันถือเป็นกฎหมายในความหมายอันแท้จริง
- 3) คำสั่งอื่นๆ ซึ่งมีใช่คำสั่งของพระเจ้าหรือคำสั่งของรัฐอธิปไตย คำสั่งหรือกฎเกณฑ์ในลักษณะนี้ ออสติน เรียกว่าหลักศีลธรรมเชิงปฏิฐานหรือเชิงประจักษ์

ดังนั้น บริบทของ “กฎเกณฑ์” ซึ่งมีรากฐานมาจาก Norms จึงค่อนข้างกว้างมากพอที่จะแสดงให้เห็นว่า Soft law ก็เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายส่วนหนึ่งเช่นกัน<sup>7</sup>

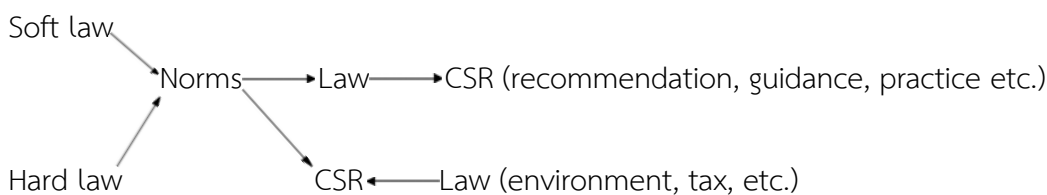
### 3. Soft law ก่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายเพื่อสร้างความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ (CSR)

หากพิจารณาว่าแนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการตามกรอบขององค์การระหว่างประเทศ เช่น OECD, องค์การระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐาน (The International Organization for standardization: ISO ) ซึ่งพัฒนามาตรฐานความรับผิดชอบต่อสังคมภายใต้มาตรฐาน ISO 26000 ที่ได้เสนอแนะแนวทางสำหรับกิจการทุกประเภทของประเทศที่พัฒนาแล้วและกำลังพัฒนาทั้งภาครัฐและเอกชน ให้ดำเนินกิจการในทุกกระบวนการด้วยรูปแบบที่รับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเคารพสิทธิมนุษยชนและผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งมาตรฐาน ISO 26000 เป็นแนวปฏิบัติในการดำเนินงาน (guidance) ที่ให้ข้อเสนอแนะ แสดงหลักการ และวิธีการของความรับผิดชอบต่อสังคมที่กิจการพึงปฏิบัติ ซึ่งกิจการสามารถนำมาประยุกต์ด้วยความสมัครใจโดยมีการตรวจสอบหรือให้การรับรองแต่อย่างใด เนื่องจากไม่ใช่ข้อกำหนด ดังนั้น กิจการจึงไม่สามารถขอรับรองได้เหมือนกับมาตรฐานในรูปแบบอื่น<sup>8</sup> สำหรับประเทศไทยได้นำเอารูปแบบของหลักการสากลด้านความรับผิดชอบต่อสังคมตามมาตรฐาน ISO 26000, UN Global Compact, GRI มาเป็นหลักในการพัฒนารูปแบบความรับผิดชอบต่อสังคม ทั้งในลักษณะของหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2549, เข้มทิศธุรกิจ, แนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ ซึ่งจัดทำขึ้นโดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติอันมีสถานะเป็นกฎหมายอย่างอ่อน (Soft law) ในขั้นที่เบาบางที่สุด แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าสิ่งนั้นจะไม่ใช่เป็นส่วนหนึ่งของ Norms

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในประเด็นการสร้างบรรทัดฐานร่วมกันของสังคมภายใต้แนวทางปฏิบัติร่วมกันในฐานะที่เป็นกฎหมายอย่างอ่อน ทำให้ต้องวิเคราะห์ถึงจุดเชื่อมโยงของ “กฎหมาย” และ “ความรับผิดชอบต่อสังคม” ซึ่งก็คือ “จริยธรรม” เพราะถ้าหาก Norms ซึ่งเป็นบรรทัดฐานอันมีลักษณะที่ต้องปฏิบัติ อันนำไปสู่กฎเกณฑ์ในตัวเอง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของ Soft law หรือ Hard law ล้วนมีส่วนประกอบของ Norms อยู่ด้วยทั้งสิ้น ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าแนวทางปฏิบัติในด้านความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการนั้นก็สามารถสร้างกฎเกณฑ์ของกฎหมายได้ และในทางกลับกันกฎเกณฑ์ของกฎหมายก็เป็นบ่อเกิดของการสร้างแนวทางปฏิบัติของความรับผิดชอบต่อสังคมได้เช่นเดียวกัน ดังโครงสร้างดังต่อไปนี้

<sup>7</sup>Thibierge C., “Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit,” *RTD civ*, (Nov-Oct 2003): 603.

<sup>8</sup>คณะกรรมการกลุ่มความร่วมมือทางวิชาการเพื่อการพัฒนามาตรฐานการเรียนการสอนและการวิจัยด้านบริหารธุรกิจแห่งประเทศไทย, *แนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: เมจิกเพรส จำกัด, 2555), หน้า 13.



ในมุมมองของกฎหมายต่างประเทศ การสร้างจุดเกาะเกี่ยวระหว่างบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และ แนวทางปฏิบัติที่มีต่อความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ ได้แก่ มาตรา 116 ของ La loi sur les nouvelles réglementations économique (la loi NRE) ประเทศฝรั่งเศส บัญญัติให้บริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ มีหน้าที่ต้องจัดทำรายงานที่แสดงถึงบทบาทของความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมไว้ในรายงานประจำปี เป็นการสร้างความเชื่อมโยงที่มีความสัมพันธ์กันทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นข้อบังคับอันเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเข้ากับแนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตราดังกล่าวข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่าความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการไม่ได้เป็นเพียงแค่ความสมัครใจแต่เพียงฝ่ายเดียวของกิจการ แต่เป็นการบังคับให้ต้องปฏิบัติ แม้ว่าหากไม่ปฏิบัติจะไม่มีบทลงโทษตามกฎหมายก็ตาม ดังนั้นบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นข้อกำหนดกฎหมายที่ไม่ใช่การบังคับ ไม่มีบทลงโทษ และไม่ใช้ความสมัครใจ แต่เป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องปฏิบัติ ขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาให้รอบด้านอาจกล่าวได้ว่าเป็นการพัฒนาการของกฎหมายอย่างอ่อน (Soft law) ในรูปแบบของการผสมผสาน Soft law เข้ากับความรับผิดชอบต่อสังคมอีกรูปแบบหนึ่ง<sup>9</sup> ดังนั้น ภายใต้กฎหมาย La loi NRE ประเทศฝรั่งเศส มองว่าความรับผิดชอบต่อสังคมไม่ได้อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมาย แต่ในทางตรงกันข้ามความรับผิดชอบต่อสังคมกลับเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับกฎหมาย

#### 4. Soft law ในฐานะที่เป็นแรงกระตุ้นให้กฎหมายมีสภาพบังคับในทางปฏิบัติ

ตารางเปรียบเทียบความสอดคล้องและสนับสนุนซึ่งกันและกันระหว่าง (CSR) ตามแนวทางปฏิบัติและกฎหมายที่เกี่ยวข้องภายใต้กรอบของ ISO 26000 และแนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมที่กำหนดโดย ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย โดยแบ่งออกเป็นสองกลุ่ม ได้แก่ กลุ่มความรับผิดชอบต่อสังคมและกลุ่มความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อม

<sup>9</sup>Charles Leben, *Le droit international des affaires* (Paris: PUF, 2003), p. 54.

แนวทางความรับผิดชอบต่อสังคม (CSR)	การปฏิบัติ/วัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจกรรม	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแนวทางปฏิบัติของ CSR
ความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อม	<ul style="list-style-type: none"> <li>- วางแผนจัดการและควบคุมกิจกรรมที่ก่อให้เกิดมลภาวะทั้งทางน้ำและทางอากาศ</li> <li>- ควบคุมอัตราการใช้ทรัพยากรในการผลิตให้ต่ำกว่าอัตราพื้นดินของทรัพยากรที่ใช้</li> <li>- สร้างความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อมและต่อสังคมเพื่อปกป้องสภาพตามธรรมชาติและบูรณะระบบนิเวศในสิ่งแวดล้อม</li> </ul>	<p>พ.ร.บ. ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535</p> <p>กฎหมายเกี่ยวกับการจัดการคุณภาพน้ำและการควบคุมมลพิษทางน้ำ ตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมประกาศกรมโรงงานอุตสาหกรรมเกี่ยวกับขยะมูลฝอย ฯลฯ</p>
ความรับผิดชอบต่อสังคม	<ul style="list-style-type: none"> <li>- กำหนดขั้นตอนและกรอบระยะเวลาที่ชัดเจน และเป็นอิสระในการตรวจสอบและตัดสินใจภายใต้หลักสิทธิมนุษยชน</li> <li>- ส่งเสริมกิจกรรมในด้านการศึกษาและศิลปวัฒนธรรม จริยธรรม เพื่อพัฒนาความรู้ ความคิด ความประพฤติทัศนคติ ค่านิยม และคุณธรรมของบุคคล</li> </ul>	<p>พ.ร.บ. คู่ครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522</p> <p>พ.ร.บ. การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542</p> <p>พ.ร.บ. การศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 เป็นต้น</p>

**สรุป** การดำเนินธุรกิจในสังคมปัจจุบัน สิ่งหนึ่งที่คุณประกอบการควรให้ความสำคัญนอกเหนือจาก ผลกำไรที่ได้ก็คือ ความรับผิดชอบต่อสังคม โดยเฉพาะสิ่งแวดล้อม สังคม และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกภาคส่วน เพราะการดำเนินธุรกิจที่ยั่งยืนไม่สามารถดำรงอยู่ได้ในสังคมที่ล้มเหลว ดังนั้น ความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการที่ปรากฏในรูปแบบของแนวทาง ข้อปฏิบัติ คำแนะนำ ข้อเสนอแนะของหน่วยงานหรือองค์กรต่างๆ นั้น แม้ว่าจะไม่ได้มีสภาพเป็นกฎหมายตามเงื่อนไขของ “แบบ” แห่งกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า สิ่งต่างๆ เหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของการสร้างบรรทัดฐานอันควรปฏิบัติของคนในสังคม เพราะเป็นสิ่งที่ควร ซึ่งไม่ได้อยู่นอกเหนือขอบเขตของ Norms ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ดังนั้น แนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมจึงมีค่ามากกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้และกลมกลืนอยู่ในกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

**ข้อเสนอแนะ** เมื่อแนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย ภายใต้บรรทัดฐาน (Norms) ที่ต้องปฏิบัติร่วมกันของคนในสังคม การพัฒนาให้ผู้ประกอบการเคารพกฎ กติกา และปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวด้วยความสมัครใจนั้นย่อมมีความเป็นไปได้ จึงไม่จำเป็นต้องแก้ไข กฎหมายหรือบัญญัติให้มีข้อบังคับให้ต้องปฏิบัติตามในเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการโดยตรง เพียงแต่ให้ความสำคัญกับเนื้อหาในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และสนับสนุนให้เกิดการบังคับตามกฎหมาย เพราะถ้าเพียงแต่การปฏิบัติตามแนวทางความรับผิดชอบก็ไม่อาจเป็นหลักประกันได้ว่าแนวทางดังกล่าวจะ สามารถยั่งยืนได้อย่างยาวนาน ทั้งนี้ การใช้กฎหมายอันมีสภาพบังคับโดยเคร่งครัดไปกระตุ้นให้เกิดความ รับผิดชอบต่อสังคมก็เป็นช่องทางหนึ่งที่สร้างจริยธรรมให้กับผู้ประกอบการได้ หรือในทางตรงกันข้ามแรง กระตุ้นจากสังคมภายนอกก็สามารถนำไปสู่การเคารพกฎเกณฑ์ภายในแห่งกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดสภาพ บังคับได้ในตัวมันเองด้วยความสมัครใจของผู้ประกอบการ ด้วยเหตุนี้การนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับ บริบทของสังคมก็จะทำให้แนวทางปฏิบัติของความรับผิดชอบต่อสังคมใช้ได้จริงและมีประสิทธิภาพต่อไปในอนาคต

#### บรรณานุกรม

- คณะกรรมการกลุ่มความร่วมมือทางวิชาการเพื่อพัฒนามาตรฐานการเรียนการสอนและการวิจัยด้าน บริหารธุรกิจแห่งประเทศไทย. **แนวทางความรับผิดชอบต่อสังคมของกิจการ**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: เมจิกเพรส จำกัด, 2555.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- รองพล เจริญพันธุ์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520.
- Austin, J. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: Johe MURRAY, Albemarle Street, 1832.
- Bowen, H. **Social Responsibilites of the Businessman**. New York: Harper, 1953.
- Hart, H.L.A. **Le concept de droit**. Bruxelles: Fac. Université de St Louis, 1994.
- Kelsen, H. **The Pure Theory of Law**. London: Transl M. Knight, 1967.
- Labin, Charles. **Le droit international des affaires**. Paris: PUF, 2003.
- Lqnglois C. et Shlegemilch B., “Do corporate codes of ethics reflect national character ? Evidence from Europe and the United States.” **Journal of International Business Studies** 21, 4 (1990).
- Orianne, P., **Introduction au système juridique**. Bruxelles: Bruylant, 1982.
- Pellet, A., **Le bon droit et l'ivraie, plaidoyer pour l'ivraie**. Paris: Pédone, 1984.
- Thibierge, C. “Le droit souple : Réflexion sur les textures du droit.” **RTD civ** (Nov-Oct 2003).

## คนไทยกับภาษีเงินได้ในประเทศสหรัฐอเมริกา

## Thais and income tax in the USA

ดร.ยุทธนา ศรีสวัสดิ์\*

Dr.Yutthana Srisavat

## บทคัดย่อ

บุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลชาติใด หากมีแหล่งเงินได้ในสหรัฐฯ แล้ว โดยปกติก็ต้องเสียภาษีเงินได้ในสหรัฐฯ การทำธุรกิจระหว่างประเทศนั้น ภาษีเป็นอีกปัจจัยสำคัญในการเลือกลงทุน ดังนั้น การที่คนไทยที่มีรายได้ในสหรัฐฯ จึงต้องศึกษาประเด็นภาษีในสหรัฐฯ ด้วย

อย่างไรก็ตาม วิธีการจัดเก็บภาษีกับคนไทยซึ่งเป็นบุคคลต่างชาติในสายตาของประเทศสหรัฐฯ อาจมีความแตกต่างกับวิธีการจัดเก็บภาษีของบุคคลสหรัฐฯ ในบางรายละเอียด ด้วยเหตุนี้คนไทยผู้ที่มีรายได้ในสหรัฐฯ จึงสมควรศึกษาการจัดเก็บภาษีเงินได้ในประเทศสหรัฐฯ สำหรับผู้มีเงินได้ที่เป็นคนไทย เพื่อจะได้มีการวางแผนภาษีที่ถูกต้อง

รายได้จากสหรัฐฯ เป็นสาเหตุหลักให้คนไทยมีหน้าที่ต้องเสียภาษีซึ่งประเทศสหรัฐฯ จะมีรูปแบบการจัดเก็บ 2 วิธี คือ หักภาษี ณ ที่จ่ายจากรายได้ทั้งจำนวนที่ได้รับในอัตรา 30% หรือยื่นแบบแสดงรายการภาษีเพื่อชำระภาษีเหมือนพลเมืองสหรัฐฯ ในอัตราก้าวหน้า 10%-39.6% ซึ่งคนไทยจะต้องเสียภาษีในลักษณะใดจะต้องพิจารณาจากตัวผู้เสียภาษีเองและลักษณะของรายได้ที่เกิดขึ้น

นอกจากนี้ประเทศไทยและประเทศสหรัฐฯ เป็นคู่สัญญาในอนุสัญญาจัดภาษีซ้อนฯ ซึ่งสามารถช่วยให้คนไทยที่มีรายได้ในประเทศสหรัฐฯ สามารถลดภาระภาษีได้มากกว่าที่บัญญัติไว้ตามกฎหมายภายในของสหรัฐฯ

## Abstract

If an individual earns income in the US, that individual is subject to the US income taxation, regardless his or her nationality. Thus, income tax is a critical issue for a taxpayer. Especially, Thai business persons earning income in the US should keep an eye on US income taxation.

US Income taxation of Thais as foreigners from the US viewpoint, however, might be different from its taxation of US citizens in some details. Therefore, understanding US Income taxation can improve tax planning.

\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม, SJD (Taxation), Southern Methodist University, USA, LL.M. (Taxation), Southern Methodist University, USA, ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (การทูตและการต่างประเทศ), มหาวิทยาลัยรังสิต, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1), มหาวิทยาลัยสยาม.



Earning US source income is the main reason why Thais are subject to US income tax. Typically, there are two methods of taxation for foreigners: 30% flat rate on gross basis taxation, and 10%-39.6% progressive tax rate on net basis taxation with the filing of a tax return the same as US citizens. A Thai person may be subject to either one of them depending on the taxpayer himself/herself and also the types of the income. Besides, Thailand and USA have entered into a double tax agreement, which can help reduce US tax liability more than stated in the US domestic law.

**คำสำคัญ :** ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา อนุสัญญาจัดภาษีซ้อน แหล่งเงินได้ต่างประเทศ

**Keywords :** Individual income tax, Double tax agreement, Foreign source income

## 1. หลักการเก็บภาษีเงินได้ในประเทศสหรัฐอเมริกา

### 1.1 หลักการทั่วไป

บุคคลไม่ว่าจะเป็นบุคคลชาติใด หากมีแหล่งเงินได้ในสหรัฐฯ แล้ว โดยปกติก็ต้องเสียภาษีเงินได้ให้ประเทศสหรัฐฯ การทำธุรกิจนั้น<sup>1</sup> ภาษีจึงเป็นอีกปัจจัยสำคัญในการเลือกลงทุน ดังนั้น การที่คนไทยจะตัดสินใจเข้าไปลงทุนรวมถึงมีรายได้ในสหรัฐฯ จึงต้องศึกษาประเด็นภาษีในสหรัฐฯ ด้วย

อย่างไรก็ตาม วิธีการจัดเก็บภาษีกับคนไทยซึ่งเป็นบุคคลต่างชาตินั้นในสายตาของประเทศสหรัฐฯ อาจมีความแตกต่างกับวิธีการจัดเก็บภาษีของบุคคลสหรัฐฯ ในบางรายละเอียด ด้วยเหตุนี้คนไทยผู้ที่มีเงินได้ในสหรัฐฯ จึงสมควรศึกษาการจัดเก็บภาษีเงินได้ในประเทศสหรัฐฯ สำหรับผู้ที่มีเงินได้ที่เป็นคนไทยเพื่อจะได้มีการวางแผนภาษีที่ถูกต้องได้

โดยทั่วไป หลักการจัดเก็บภาษีเงินได้ของบุคคลในประเทศสหรัฐฯ จะมาจาก 2 สาเหตุคือ

1) การเก็บภาษีเนื่องจากเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ (Residence based taxation) หลักการเช่นนี้จะเน้นที่ตัวผู้เสียภาษีเป็นสำคัญโดยไม่คำนึงถึงแหล่งเงินได้ เช่น รัฐบาลสหรัฐฯ เก็บภาษีจากพลเมืองสหรัฐฯ (US citizen) และชาวต่างชาติผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ (US Resident) โดยไม่สนว่าแหล่งเงินได้นั้นจะมาจากสหรัฐฯ หรือไม่

2) การเก็บภาษีจากแหล่งเงินได้ (Source based taxation) หลักการนี้จะตรงกันข้ามคือ จะเน้นที่แหล่งเงินได้เป็นสำคัญโดยไม่คำนึงถึงตัวผู้เสียภาษี เช่น รัฐบาลสหรัฐฯ เก็บภาษีจากชาวต่างชาติที่มีแหล่งเงินได้ในประเทศสหรัฐฯ โดยไม่สนว่าผู้เสียภาษีนั้นจะเป็นคนชาติตนเองหรือไม่

<sup>1</sup>Boris I. Bittker, et al, **Fundamentals of international taxation: U.S. taxation of foreign income and foreign taxpayers**, 2013-2014 edition, (Thomson Reuters/WGL, 2013), pp. 65-9.

## 1.2 กฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับภาษีเงินได้สหรัฐฯ

กฎหมายที่คนไทยจำเป็นต้องศึกษาเพื่อความเข้าใจเกี่ยวกับภาษีเงินได้สหรัฐฯ ได้แก่

1) ประมวลกฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกา (The Internal Revenue Code of 1986, as amended (IRC)) อาจเทียบได้กับประมวลรัษฎากรของประเทศไทย แต่ความซับซ้อนในแง่เนื้อหา มาก เนื่องจากมีมากกว่า 9,800 มาตรา ครอบคลุมกฎหมายภาษีแทบทุกด้าน มีสถานะเป็นกฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาของสหรัฐฯ (Congress) และลงนามโดยประธานาธิบดีของสหรัฐฯ ซึ่งประมวลกฎหมายภาษีอากรฯ นี้จะถูกหยิบมาใช้ในการพิจารณาคดีภาษีเงินได้เป็นหลัก ทั้งนี้ การศึกษาภาษีเงินได้จะเน้นเฉพาะบทบัญญัติในส่วนภาษีเงินได้เท่านั้น ทั้งนี้ การเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาโดยรัฐบาลสหรัฐฯ นั้น โดยปกติจะบัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายฉบับนี้ โดยอัตราภาษีจะเป็นในอัตราก้าวหน้า (Progressive rate) ตั้งแต่ 10%-39.6% ซึ่งบุคคลธรรมดาที่เป็นชาวต่างชาติอาจมีวิธีเสียภาษีที่แตกต่างออกไปก็ได้

2) กฎกระทรวงการคลังสหรัฐฯ (The Treasury Department Regulations) ออกโดยกระทรวงการคลังของสหรัฐฯ ซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร แม้จะไม่มีสถานะเป็นกฎหมายเทียบเท่ากับประมวลกฎหมายฯ เนื่องจากไม่ได้ตราโดยรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติและประธานาธิบดีไม่ได้ลงนาม แต่มีความสำคัญเนื่องจากมักนำมาใช้เพื่ออธิบายและตีความตัวบทบัญญัติในประมวลกฎหมายภาษีอากรฯ ซึ่งในบางครั้งศาลก็จะใช้ในการอ้างอิงเพื่อใช้ในการพิจารณาคดีด้วย ทั้งนี้ กฎกระทรวงฯ จะมี 3 สถานะ ได้แก่ กฎกระทรวงที่ประกาศใช้ (Final regulations) ร่างกฎกระทรวง (Proposed regulations)<sup>2</sup> และกฎกระทรวงชั่วคราว (Temporary regulations)<sup>3</sup>

แต่เนื่องจากไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย ดังนั้น หากมีความขัดแย้งกับประมวลกฎหมายภาษีอากร ต้องยึดถือตามประมวลกฎหมายภาษีอากร

3) คำพิพากษาของศาล (Cases) เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) จึงทำให้คำพิพากษาของศาลมีสถานะเป็นกฎหมายและสามารถใช้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีต่อไปได้ตราบเท่าที่คำพิพากษายังไม่ถูกกลับ คำพิพากษา

---

<sup>2</sup>โดยปกติการประกาศกฎกระทรวงจะเริ่มจากการทำเป็นร่างกฎกระทรวง (Proposed regulations) ก่อน จากนั้นกระทรวงการคลังสหรัฐฯ จะรับฟังความเห็นของประชาชน (Hearing) ซึ่งโดยปกติจะจัดขึ้นในกรุงวอชิงตัน ดี.ซี. (Washington, D.C.) จากนั้นจึงนำเข้าสู่กระบวนการร่างเป็นกฎกระทรวงที่ประกาศใช้ (Final regulations) ในภายหลัง.

<sup>3</sup>สำหรับกฎกระทรวงชั่วคราว (Temporary regulations) กระทรวงการคลังสหรัฐฯ จะประกาศใช้ทันทีโดยไม่มีขั้นตอนการรับฟังความเห็นของประชาชน ซึ่งจะพบได้น้อยกว่ากระบวนการตามปกติ.

ของศาลที่มีสถานะเป็นกฎหมายได้ จะมาจากศาลภาษี (Tax Court)<sup>4</sup> ศาลชั้นต้นระดับสหรัฐฯ (US District Court) และศาลปกครองสหรัฐฯ (Court of Federal Claims)<sup>5</sup>

4) หนังสือตอบข้อหารือของทบวงสรรพากรสหรัฐฯ (Internal Revenue Service Revenue Rulings) จัดทำโดยทบวงสรรพากรสหรัฐฯ (Internal Revenue Service หรือ IRC) เป็นการวินิจฉัยกรณีพิพาทเกี่ยวกับภาษี ซึ่งอาจใช้เป็นบรรทัดฐานได้เช่นกัน

5) แนวปฏิบัติของทบวงสรรพากรสหรัฐฯ (Internal Revenue Service Revenue Procedures) จัดทำโดยทบวงสรรพากรสหรัฐฯ เช่นกัน แต่จะเน้นไปที่กระบวนการมากกว่าเนื้อหา

### 1.3 คนไทยที่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษีเงินได้ให้ประเทศสหรัฐอเมริกา

คนไทยที่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษีเงินได้ภายใต้กฎหมายภาษีเงินได้สหรัฐฯ อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

1) พลเมืองสหรัฐฯ (US citizen) คือ คนไทยที่ถือสัญชาติสหรัฐฯ ไม่ว่าจะถือสัญชาติโดยการเกิดหรือแปลงสัญชาติภายหลังการเกิด<sup>6</sup>

บุคคลธรรมดาประเภทนี้เสียภาษีจากเงินได้ที่เกิดขึ้นไม่ว่าอยู่แห่งใดบนโลก (Worldwide income)<sup>7</sup> และศาลฎีกาของสหรัฐฯ ได้เคยวินิจฉัยคดีและรับรองประเด็นเรื่องอำนาจในการจัดเก็บภาษีโดยรัฐบาลสหรัฐฯ เมื่อปี 1924 ว่ารัฐบาลสหรัฐฯ สามารถจัดเก็บภาษีจากพลเมืองชาติของตนได้ แม้ว่าพลเมืองของตนนั้นจะอาศัยอยู่ในประเทศ Mexico และแม้ว่าจะมีแหล่งเงินได้ในประเทศ Mexico ก็ตาม กล่าวคือ ไม่ว่าจะอยู่ที่ใดบนโลกก็มีการเสียภาษีให้สหรัฐฯ อยู่ดี<sup>8</sup>

2) ผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ (US resident) คือ คนไทยที่มีถิ่นพำนักในสหรัฐฯ เป็นหลัก แต่ไม่ได้ถือสัญชาติสหรัฐฯ หรือแปลงสัญชาติเป็นพลเมืองสหรัฐฯ เช่น ผู้ที่ถือเอกสารอนุมัติให้อาศัยและทำงานในประเทศสหรัฐฯ (Green card) และผู้ที่ถือว่ามีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ ตั้งแต่ 183 วันในระยะเวลา 3 ปีหลังสุดภายใต้เงื่อนไขการอยู่ในประเทศอย่างเป็นทางการอย่างเป็นกิจจะลักษณะ (Substantial presence test)

บุคคลธรรมดาประเภทนี้เสียภาษีจากเงินได้ทั่วโลก (Worldwide income) เช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐฯ<sup>9</sup>

<sup>4</sup>คดีภาษีเข้าสู่ศาลภาษีมากที่สุด ซึ่งโดยทั่วไปผู้เสียภาษีจะยังไม่ต้องเสียภาษีจนกว่าจะมีคำพิพากษาว่าต้องเสียภาษี.

<sup>5</sup>คดีที่ขึ้นสู่ศาลชั้นต้นระดับสหรัฐฯ (US District Court) และ ศาลปกครองสหรัฐฯ (US Court of Federal Claims) ผู้เสียภาษีต้องชำระภาษีก่อน จากนั้นนำคดีขึ้นสู่ศาลเหล่านี้เพื่อขอเงินคืนภาษี (Tax refund).

<sup>6</sup>Treas. Reg. §1.1-1(c).

<sup>7</sup>IRC §1; Treas. Reg. §1.1-1(b).

<sup>8</sup>Cook v. Tait, 265 US 47 (1924).

<sup>9</sup>IRC §1; Treas. Reg. §1.1-1(b).

3) ชาวต่างชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา (Nonresident Alien Individuals หรือ NRA) คนไทยที่ไม่ได้ถือสัญชาติสหรัฐอเมริกา และมีถิ่นพำนักในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากไม่มี Green card และไม่ผ่านเงื่อนไขการอยู่ในประเทศอย่างเป็นทางการจะเป็นกิจจะลักษณะ (Substantial presence test)

บุคคลธรรมดาประเภทนี้จะเสียภาษีเงินได้ตามหลักแหล่งเงินได้ (Source rule) กล่าวคือ คนไทยมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย และไม่มีแหล่งเงินได้มาจากประเทศสหรัฐอเมริกา แล้ว รัฐบาลสหรัฐอเมริกา ย่อมไม่มีอำนาจในการเก็บภาษีเงินได้จากคนไทยคนนั้นได้ ตราบเท่าที่เขายังไม่มีแหล่งเงินได้จากประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>10</sup>

วิธีการกำหนดว่าคนที่ไม่ใช่พลเมืองสหรัฐอเมริกา นั้นจะถือเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา เป็นเพียงแค่ชาวต่างชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดเงื่อนไขต่อไป ซึ่งหากเข้าข้อหนึ่งข้อใดใน 3 ข้อต่อไปนี้ก็ให้ถือว่าเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา

(1) เข้ามาอยู่ในสหรัฐอเมริกา เป็นการถาวรได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย<sup>11</sup> อาทิ ได้รับเอกสารอนุมัติให้อาศัยและทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกา (Green card test)<sup>12</sup>

(2) อาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกาจนถือได้ว่าอยู่ในสหรัฐอเมริกา อย่างเป็นทางการจะเป็นกิจจะลักษณะ (Substantial presence test)<sup>13</sup> คือ อยู่ในสหรัฐอเมริกา ในปีปัจจุบันอย่างน้อย 31 วัน และอยู่ในสหรัฐอเมริกา ในช่วง 3 ปีหลังสุดรวมกันได้ 183 วัน<sup>14</sup> (ยกเว้นบางกรณีที่กฎหมายไม่นับระยะเวลา เช่น ระยะเวลาที่เข้ามาศึกษาในสหรัฐอเมริกา ในฐานะนักเรียน<sup>15</sup> เป็นต้น)

เงื่อนไขการอยู่ในสหรัฐอเมริกา อย่างเป็นทางการจะเป็นกิจจะลักษณะ (Substantial presence test) มีหลักการที่น่าสนใจซึ่งต้องเข้าองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้<sup>16</sup>

ก. ต้องอยู่ในสหรัฐอเมริกา ในปีปัจจุบันอย่างน้อย 31 วัน และ

ข. ต้องอยู่ในสหรัฐอเมริกา ในช่วง 3 ปีหลังสุดรวมกันได้ 183 วันภายใต้เงื่อนไขว่า

ปีปัจจุบันให้นับว่า 1 วันที่อาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกา เท่ากับ 1 วัน

ปีที่แล้วให้นับว่า 1 วันที่อาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกา เท่ากับ 1/3 วัน

สองปีที่แล้วให้นับว่า 1 วันที่อาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกา เท่ากับ 1/6 วัน

หากรวม 3 ปีหลังสุดแล้ว คำนวณได้ 183 วันหรือมากกว่าก็จะถือว่าผ่านเงื่อนไข และกลายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา แต่ถ้าไม่ผ่านเงื่อนไขก็จะเป็นเพียงชาวต่างชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา ตัวอย่างเช่น

<sup>10</sup>IRC §871.

<sup>11</sup>IRC §7701(b)(1)(A)(i).

<sup>12</sup>IRC §7701(b)(6).

<sup>13</sup>IRC §7701(b)(1)(A)(ii).

<sup>14</sup>IRC §7701(b)(3).

<sup>15</sup>IRC §7701(b)(5)(A)(iii).

<sup>16</sup>IRC §7701(b)(3).

นาย ก. ชาวไทยอาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2556 จนถึง พ.ศ. 2558 (ซึ่งเป็นปีปัจจุบัน) ปีละ 122 วัน จะสามารถคำนวณวันภายใต้เงื่อนไขการอยู่ในสหรัฐอเมริกา อย่างเป็นทางการจะลักษณะได้ดังนี้

$$\begin{aligned} \text{พ.ศ. 2558 (ปีปัจจุบัน) อยู่ในสหรัฐฯ } & 122 \text{ วัน} \times 1 = 122 \text{ วัน} \\ \text{พ.ศ. 2557 (ปีที่แล้ว) อยู่ในสหรัฐฯ } & 122 \text{ วัน} \times 1/3 = 40 \text{ } 2/3 \text{ วัน} \\ \text{พ.ศ. 2556 (สองปีที่แล้ว) อยู่ในสหรัฐฯ } & 122 \text{ วัน} \times 1/6 = 20 \text{ } 1/3 \text{ วัน} \\ & \text{รวม } 183 \text{ วัน} \end{aligned}$$

ในกรณีนี้ เมื่อปีปัจจุบันอยู่น้อยกว่า 31 วัน และเมื่อคำนวณวันที่อยู่ในสหรัฐฯ 3 ปี หลังสุดพบว่าครบ 183 วัน ทำให้ครบองค์ประกอบตามเงื่อนไขการอยู่ในสหรัฐฯ อย่างเป็นทางการจะลักษณะ (Substantial presence test) ส่งผลให้นาย ก. เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ (US resident) ซึ่งจะต้องเสียภาษีให้สหรัฐฯ จากแหล่งเงินได้ทั่วโลก

(3) เลือกเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ เองตามเงื่อนไขการเลือกในปีแรก (First-year election)<sup>17</sup> ในกรณีที่ไม่ผ่านทั้งข้อ 1 และ ข้อ 2

อย่างไรก็ดี ส่วนที่เป็นประเด็นสำคัญที่บทความนี้มุ่งเน้น คือ คนไทยที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ (Nonresident Alien Individuals)

## 2. วิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้สำหรับคนไทยในประเทศสหรัฐอเมริกา

คนไทยซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ จะอยู่ภายใต้หลักแหล่งเงินได้ (Source based taxation) หมายความว่า คนไทยกลุ่มนี้จะเสียภาษีให้รัฐบาลสหรัฐฯ เฉพาะแหล่งเงินได้ที่มาจากสหรัฐฯ (US source income) เท่านั้น โดยจะมาจากเงินได้ 2 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ เงินได้จากการลงทุน (Investment income) เสียภาษี ณ ที่จ่าย ในอัตราคงที่ 30% โดยไม่จำเป็นต้องยื่นภาษีใดๆ ทั้งสิ้น<sup>18</sup> แต่จะไม่สามารถขอใช้สิทธิหักค่าใช้จ่ายใดๆ ได้ และเงินได้จากการทำธุรกิจ (Business income) โดยจะต้องยื่นภาษีเช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐฯ และเสียภาษีในอัตราก้าวหน้า แต่จะได้รับสิทธิหักค่าใช้จ่ายและค่าลดหย่อนบางประการเพิ่มเติม โดยเงินได้ทั้ง 2 ประเภทนี้จะมีวิธีการจัดเก็บภาษีที่แตกต่างกันดังนี้

**2.1 เงินได้จากการลงทุน (Investment income)** เช่น ดอกเบี้ย เงินปันผล ค่าสิทธิ จะใช้วิธีเก็บภาษีจากเงินได้ทั้งจำนวนในอัตรากำหนดที่ (Gross basis taxation) ซึ่งจะถูกเก็บภาษีในอัตราคงที่ 30%<sup>19</sup> โดยผู้จ่ายเงินนั้นเป็นผู้หักภาษี ณ ที่จ่าย (Withholding) ในกรณีคนไทยไม่มีรายได้ที่เชื่อมโยง

<sup>17</sup>IRC §7701(b)(1)(A)(iii).

<sup>18</sup>Boris I. Bittker, et al, **Fundamentals of international taxation: U.S. taxation of foreign income and foreign taxpayers**, 2013-2014 edition, (Thomson Reuters/WGL, 2013), pp. 65-10.

<sup>19</sup>IRC §871(a)(1).

โยงอย่างใกล้ชิดกับการค้าหรือการทำธุรกิจในประเทศสหรัฐฯ (Income effectively connected to US trade or business) เช่น หาก นาย ก. ชาวไทยลงทุนซื้อหุ้นบริษัท IBM นิติบุคคลสหรัฐฯ โดย นาย ก. จะได้รับผลตอบแทนในรูปของเงินปันผล (Dividend) หากบริษัท IBM จะต้องจ่ายเงินปันผลให้ นาย ก. \$100 บริษัทจะต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายก่อน 30% หรือ \$30 เพื่อนำส่งรัฐบาลสหรัฐฯ ในขณะที่ นาย ก. จะได้รับเงินปันผลสุทธิหลังหักภาษีเพียง \$70 เท่านั้น

เหตุผลของการหักภาษี ณ ที่จ่ายนั้น เพราะบุคคลต่างชาติที่ลงทุนเพื่อรับผลตอบแทนเป็นเงินได้ที่มาจากการลงทุนมักจะไม่มียกเว้นที่อยู่ในสหรัฐฯ หรือไม่มีสถานที่ที่มีลักษณะเป็นที่ทำงาน หรือสาขาที่แน่นอนในสหรัฐฯ อาจทำให้รัฐบาลสหรัฐฯ ติดตามตัวบุคคลต่างชาติดังกล่าวมาเสียภาษีจากเงินได้ดังกล่าวในภายหลัง ได้ยาก จึงมีความเป็นไปได้สูงที่บุคคลเหล่านั้นจะไม่เสียภาษีเงินได้เหล่านั้นเลย ดังนั้น เพื่อป้องกันปัญหาการไม่ชำระภาษี รัฐบาลสหรัฐฯ จึงกำหนดให้ผู้จ่ายเงินเหล่านั้นมีหน้าที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายเพื่อนำส่งให้รัฐต่อไป

อนึ่ง การเก็บภาษีจากเงินได้ทั้งจำนวนนี้ บุคคลต่างชาติไม่สามารถนำค่าใช้จ่ายมาหักเพื่อลดหย่อนภาษีได้ด้วย เนื่องจากรัฐฯ มองว่าการลงทุนที่ได้รับผลตอบแทนในลักษณะนี้มีค่าใช้จ่ายน้อยมาก ทำให้ไม่จำเป็นต้องยื่นแบบภาษีแต่อย่างใดและทำให้การหักภาษี ณ ที่จ่ายถือเป็นภาระภาษีสุดท้าย

**2.2 เงินได้จากการประกอบธุรกิจ (Business income)** กิจกรรมที่จะถือได้ว่าเป็นการประกอบการค้าหรือธุรกิจในประเทศสหรัฐฯ จะต้องทำมากพอและต่อเนื่องจนเป็นเรื่องปกติ (Considerable, continuous and regular basis)<sup>20</sup> ถ้าเป็นรายได้ที่มีแหล่งที่มาจากสหรัฐฯ นั้นเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการค้าหรือการทำธุรกิจในประเทศสหรัฐฯ แล้ว รัฐบาลจะเก็บภาษีกับคนไทยเฉกเช่นเดียวกับบุคคลของสหรัฐฯ กล่าวคือ ใช้วิธีเก็บภาษีจากเงินได้สุทธิในอัตราก้าวหน้า (Net basis taxation) โดยจะเก็บภาษีในอัตราก้าวหน้าเช่นเดียวกับบุคคลสหรัฐฯ 10%-39.6%<sup>21</sup> ซึ่งกรณีนี้สหรัฐฯ จะไม่กังวลเรื่องการจัดเก็บภาษีเนื่องจากสามารถติดตามตัวให้มาเสียภาษีได้ไม่ยากนัก เพราะคนไทยที่มีเงินได้ประเภทนี้มักจะมีสถานที่ในสหรัฐฯ ที่สามารถติดต่อได้แน่นอน เช่น ที่ทำงาน สาขา เป็นต้น จึงไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ผู้จ่ายเงินต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายถึง 30% เหมือนเงินได้จากการลงทุนแต่อย่างใด

นอกจากนี้ เนื่องจากการมีเงินได้จากการประกอบธุรกิจในสหรัฐฯ มักจะมีค่าใช้จ่ายมาก เช่น ค่าเช่าสำนักงาน ค่าจ้างพนักงาน และค่าใช้จ่ายอื่นๆ เพราะมีการทำธุรกิจในสหรัฐฯ อย่างจริงจังสหรัฐฯ จึงอนุญาตให้คนไทยที่มีเงินได้จากการประกอบธุรกิจสามารถหักค่าใช้จ่ายได้ และเสียภาษีจากเงินได้สุทธิตายหลังหักค่าใช้จ่ายแล้วในอัตราเดียวกับบุคคลสหรัฐฯ

<sup>20</sup>Charles H. Gustafson, et al., *Taxation of International Transactions: Materials, Text, and Problems*, 4th edition. (Thomson West, 2011), p. 128.

<sup>21</sup>IRC §871(b).

อย่างไรก็ตาม เมื่อบุคคลต่างชาติดำเนินการที่มีเงินได้ประเภทนี้สามารถหักค่าใช้จ่ายต่างๆ ออกจากเงินได้ จึงจำเป็นต้องยื่นแบบภาษี (Tax return) เพื่อแสดงเงินได้และค่าใช้จ่ายของตน<sup>22</sup>

### 3. อนุสัญญาภาษีจัดซ้อนกับคนไทยที่มีรายได้จากประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.1 ประโยชน์ของอนุสัญญาจัดภาษีซ้อน

โดยปกติ รัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจในการจัดเก็บภาษีโดยยึดทฤษฎีและหลักการที่แตกต่างกัน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะเก็บภาษีจากพลเมืองสหรัฐฯ โดยไม่สนใจว่าพลเมืองคนนั้นจะมีแหล่งเงินได้มาจากที่ใด ในขณะที่ประเทศไทยจะเก็บเงินได้จากผู้มีแหล่งเงินได้ในประเทศไทยโดยไม่สนว่าจะเป็นคนชาติใด เป็นต้น ความแตกต่างเช่นนี้อาจนำไปสู่ปัญหาการเก็บภาษีซ้ำซ้อนได้ หากพลเมืองสหรัฐฯ มีแหล่งเงินได้ในประเทศไทยอาจต้องเสียภาษีให้ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา ในฐานะที่เป็นพลเมือง และเสียให้ประเทศไทยในฐานะเป็นแหล่งเงินได้ กล่าวคือ กฎหมายภาษีเงินได้สหรัฐฯ นั้นกำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจจัดเก็บภาษีจากเงินได้ของพลเมืองสหรัฐฯ และผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ ไม่ว่าเงินได้ดังกล่าวจะมีแหล่งที่มาจากประเทศใด (Residence based taxation)<sup>23</sup> ซึ่งมักจะก่อให้เกิดปัญหาการเก็บภาษีซ้อน (Double taxation) จากอีกประเทศหนึ่งซึ่งมีสิทธิเก็บภาษีในฐานะเจ้าของแหล่งเงินได้ (Source based taxation) เช่นกัน

การเก็บภาษีที่มีความซ้ำซ้อนนี้ย่อมไม่ใช่นโยบายที่ดี เพราะไม่อาจกำหนดได้ว่าผู้มีเงินได้คนนั้นจะต้องเสียภาษีให้กับประเทศใดกันแน่ ดังนั้น วิธีการที่ประเทศต่างๆ เลือกใช้เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวรวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมักออกมาในรูปการทำอนุสัญญาจัดภาษีซ้อน (Double Tax Agreement หรือ DTA) เพื่อกำหนดให้ชัดเจนว่า ประเทศใดมีอำนาจในการจัดเก็บภาษีกันแน่ เช่น หากคนสหรัฐฯ มีเงินได้จากการทำงานในประเทศไทย ก็ให้รัฐบาลไทยเป็นผู้มีอำนาจในการเก็บภาษี ในขณะที่หากคนไทยมีเงินได้จากการทำงานในประเทศสหรัฐฯ ก็ให้รัฐบาลสหรัฐฯ เป็นผู้ที่มีอำนาจในการเก็บภาษีเช่นเดียวกัน เป็นต้น

อนุสัญญาจัดภาษีซ้อนนั้นโดยปกติจะไม่เพิ่มภาระภาษีให้ผู้เสียภาษีแต่อย่างใด หากแต่มีไว้เพื่อประโยชน์ของคนในประเทศคู่สัญญาในลักษณะไขว้กัน กล่าวคือ ถ้าประเทศสหรัฐฯ ทำอนุสัญญากับประเทศไทย ประเทศไทยจะลดหรือยกเว้นภาษีให้กับชาวสหรัฐฯ ในทางกลับกันประเทศสหรัฐฯ ก็ลดหรือยกเว้นภาษีให้กับชาวไทยด้วย ด้วยเหตุนี้ อนุสัญญาจัดภาษีซ้อนนี้จึงมีได้มีไว้เพื่อให้บุคคลนอกประเทศคู่สัญญาสามารถอาศัยสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาได้ ซึ่งโดยมากการทำอนุสัญญา จะพบในระดับทวิภาคีเท่านั้น เนื่องจากกระบวนการเจรจาที่มีประเด็นให้ต้องพิจารณามาก การมีประเทศคู่เจรจามากจะยิ่งทำให้ใช้เวลาเจรจานาน

<sup>22</sup>ในทางปฏิบัติ บุคคลต่างชาติไม่มีปัญหาเรื่องภาระภาษี แต่จะมีปัญหาในประเด็นการยื่นแบบเสียภาษีเนื่องจากไม่ต้องเข้าสู่ระบบของสหรัฐฯ และไม่ต้องการเปิดเผยข้อมูลของตนให้สหรัฐฯ.

<sup>23</sup>IRC §1.

นอกจากนี้ อนุสัญญาฯ ยังห้ามมิให้คนในชาตินั้นได้รับการลดหรือยกเว้นภาษีจากชาติของตนเอง กล่าวคือ ชาวสหรัฐฯ ไม่มีสิทธิได้รับการยกเว้นภาษีสหรัฐฯ เหมือนที่ชาวไทยได้รับภายใต้อนุสัญญาฯ ในขณะที่ตัวชาวไทยก็ไม่มีสิทธิได้รับการยกเว้นภาษีของไทยเหมือนที่ชาวสหรัฐฯ ได้รับภายใต้อนุสัญญาฯ เช่นกัน

โดยปกติแล้วอนุสัญญาฯ จัดภาษีซ้อนจะไม่เพิ่มภาระใดๆ ให้แก่ผู้เสียภาษีทั้งสิ้น อีกทั้งบทบัญญัติในอนุสัญญาฯ นั้น จะพยายามช่วยกำหนดภาระการเสียภาษีให้ชัดเจนเพื่อจัดปัญหาการจัดเก็บภาษีซ้อนที่อาจเกิดขึ้น และทำให้ผู้เสียภาษีทราบได้ว่าตนมีภาระต้องเสียภาษีเงินได้ดังกล่าวให้แก่ประเทศใดกันแน่

อย่างไรก็ดี นิยามต่างๆ ในอนุสัญญานั้นอาจมีความหมายแตกต่างจากกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐฯ ทำให้ต้องศึกษาให้เข้าใจอย่างถ่องแท้เพื่อป้องกันความสับสนที่อาจเกิดขึ้นในการนำไปปรับใช้เมื่อเทียบกับนิยามของกฎหมายภายใน

### 3.2 ศักดิ์ของอนุสัญญาฯ ตามกฎหมายของสหรัฐฯ

ศาลฎีกาสหรัฐฯ (US Supreme Court) ได้วางหลักว่ากฎหมายภายในสหรัฐฯ และอนุสัญญานั้นมีศักดิ์ของกฎหมายเท่าเทียมกัน หากเนื้อหามีความขัดแย้งกันอย่างชัดเจนโดยไม่สามารถตีความไปในทางที่สอดคล้องกันได้ กฎหมายหรืออนุสัญญาฯ ที่มีผลบังคับใช้ภายหลังจะยกเลิกกฎหมายหรืออนุสัญญาฯ ที่มีผลใช้บังคับก่อนหน้านี้ (Later-in-time principle)<sup>24</sup> ซึ่งในประมวลกฎหมายภาษีสหรัฐฯ ก็มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวด้วย<sup>25</sup>

ดังนั้น การกำหนดลำดับชั้นของกฎหมายระหว่างอนุสัญญาฯ และบทบัญญัติภายในของประเทศสหรัฐฯ จึงเป็นไปตามลำดับดังต่อไปนี้

- 1) พยายามตีความไปในทางเดียวกันก่อน
- 2) หากมีความขัดแย้งอย่างชัดเจน ให้ดูเจตนาว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้อนุสัญญาฯ หรือบทบัญญัติภายในสถานะเหนือกว่า
- 3) หากไม่มีบันทึกหรือความเห็นเช่นนั้น ให้ดูบทบัญญัติหรืออนุสัญญาฯ ที่มีผลใช้บังคับล่าสุด (Later-in-time)

### 3.3 การปรับใช้ออนุสัญญาฯ จัดภาษีซ้อนในสหรัฐฯ

แม้ประมวลกฎหมายภาษีของสหรัฐฯ จะมีบทบัญญัติเพื่อกำหนดภาระภาษีสำหรับชาวต่างชาติ แต่ถ้าชาวต่างชาตินั้นเป็นพลเมืองของประเทศคู่อนุสัญญาฯ กับสหรัฐฯ การกำหนดภาระภาษีนั้นจะต้องคำนึงถึงอนุสัญญาฯ จัดภาษีซ้อนด้วย<sup>26</sup>

<sup>24</sup>Whitney v. Robertson, 124 U.S. 190 (1888).

<sup>25</sup>IRC 57852(d)(1).

<sup>26</sup>IRC 5894(a)(1).



ทั้งนี้ ประเทศไทยและสหรัฐฯ ได้มีความตกลงเกี่ยวกับการจัดภาษีซ้อนซึ่งเรียกว่า “อนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้” (Convention Between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income) ซึ่งเริ่มใช้บังคับสำหรับเงินได้ที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2541 เป็นต้นมา ซึ่งได้กำหนดสาระสำคัญไว้ ดังนี้

1) ผู้มีถิ่นที่อยู่ (Resident)

ภายใต้ข้อ 4 (Article 4) มีสาระสำคัญว่า ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญานั้นจะถูกกำหนดด้วย หลักภูมิลำเนา (Domicile), ถิ่นที่อยู่ (Residence), ความเป็นพลเมือง (Citizenship), สถานที่จัดการ (Place of Management), สถานที่ก่อตั้ง (Place of Incorporation) หรือหลักเกณฑ์อื่นๆ ตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ<sup>27</sup>

แม้ประเทศสหรัฐฯ จะกำหนดความเป็นคนชาติของตนด้วยเพียงหลักถิ่นที่อยู่ (Residence) และความเป็นพลเมือง (Citizenship) สำหรับบุคคลธรรมดา รวมถึงเพียงหลักสถานที่ก่อตั้ง (Place of Incorporation) สำหรับนิติบุคคล แต่ในอนุสัญญากำหนดจำเป็นต้องรวมถึงหลักอื่นๆ อาทิ หลักภูมิลำเนา (Domicile) เช่น มีบ้านเป็นการถาวร หรือหลักสถานที่จัดการ (Place of Management) เช่น มีบริษัทแม่ตั้งอยู่หรือหลักเกณฑ์อื่นๆ เอาไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับประเทศคู่สัญญา หากประเทศคู่สัญญานั้นมิได้ใช้หลักเดียวกับประเทศสหรัฐฯ แต่เหตุผลเพียงแคมีเงินได้เพื่อเสียภาษีในประเทศนั้นๆ อาจไม่ถึงเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศนั้นก็ได้อยู่ได้อนุสัญญา<sup>28</sup>

อย่างไรก็ตามหากบุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญาทั้งสองประเทศนั้นภายใต้บทบัญญัติในอนุสัญญา เช่น เป็นทั้งพลเมืองสหรัฐฯ และมีภูมิลำเนาในประเทศไทย ทำให้กลายเป็น ผู้มีถิ่นที่อยู่ในทั้งสองประเทศคู่สัญญา จะนำไปสู่การพิจารณาเพื่อตัดสินว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศใดภายใต้อนุสัญญาฯ โดยกระบวนการตามลำดับ ดังต่อไปนี้<sup>29</sup>

(1) ให้ดูว่าบ้านที่ตั้งเป็นการถาวร (Permanent home) อยู่ในประเทศใด หากมีบ้านเป็นการถาวรอยู่ทั้งสองประเทศ ให้ดูประเทศที่บุคคลนั้นมีความสัมพันธ์ด้านส่วนตัวและทางเศรษฐกิจมากกว่า กล่าวคือ ศูนย์กลางผลประโยชน์ในชีวิต (Center of vital interests) เช่น ครอบครัว สังคม บัญชีธนาคาร ฯลฯ

<sup>27</sup>1997 Convention Between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income, Article 4(1).

<sup>28</sup>*Ibid.*, Article 4.1.

<sup>29</sup>*Ibid.*, Article 4.2.

(2) ถ้าไม่สามารถกำหนดได้ว่าประเทศใดมีศูนย์กลางผลประโยชน์ในชีวิต (Center of vital interests) หรือถ้าไม่มีบ้านเป็นการถาวรในประเทศคู่สัญญาเลย ให้ดูประเทศที่บุคคลนั้นใช้เวลาพำนักเป็นส่วนใหญ่ (Habitual abode)

(3) ถ้าใช้เวลาพำนักเป็นส่วนใหญ่ (Habitual abode) อยู่ในทั้งสองประเทศหรือไม่มีเลย ให้ดูประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ

(4) ถ้าบุคคลดังกล่าวถือสัญชาติของประเทศคู่สัญญาทั้งสองสัญชาติ หรือไม่มีสัญชาติของประเทศคู่สัญญาเลย ให้ประเทศคู่สัญญาเจรจาตกลงกันเพื่อกำหนดประเทศถิ่นที่อยู่ให้

ประเด็นปัญหา คือ ถ้าหากเป็นพลเมืองสหรัฐฯ แต่มีภูมิลำเนาในอังกฤษ และตามอนุสัญญาแล้วให้ถือว่าเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในอังกฤษ พลเมืองสหรัฐฯ คนนั้นจะสามารถอาศัยสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาเพื่อลดหรือยกเว้นภาษีสหรัฐฯ ซึ่งเป็นประเทศเจ้าของสัญชาติตนเองได้หรือไม่

เนื่องจากรัฐบาลสหรัฐฯไม่ต้องการให้พลเมืองของตนเองอ้างใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญา เพื่อยกเว้นภาษีเงินได้สหรัฐฯ เนื่องจากโดยหลักการแล้วพลเมืองสหรัฐฯ (US citizen) ต้องเสียภาษีจากแหล่งเงินได้ทั่วโลก (Worldwide income) สหรัฐฯ จึงกำหนดเอาไว้ในอนุสัญญาเป็นข้อกำหนดการยกเว้น (Savings clause) ด้วยว่า หากผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญานั้นเป็นพลเมืองสหรัฐฯ แล้ว สหรัฐฯ ก็จะไม่ยอมให้ได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญา กล่าวคือ พลเมืองสหรัฐฯ คนนั้นยังคงต้องเสียภาษีจากแหล่งเงินได้ ทั่วโลกเช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐฯ คนอื่นๆ นั่นเอง แม้ว่าตามอนุสัญญาแล้วบุคคลสหรัฐฯ ดังกล่าว น่าจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญาก็ตาม<sup>30</sup> หมายความว่า ถ้าคนไทยนั้นเป็นพลเมืองสหรัฐฯ ไปแล้ว จะไม่ได้รับประโยชน์จากอนุสัญญา แต่อย่างไร ซึ่งกรณีนี้หากสหรัฐฯ เก็บภาษีจากเงินได้ที่มิแหล่งที่มาในสหรัฐฯ ของพลเมืองสหรัฐฯ ที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญาแล้ว ประเทศคู่สัญญานั้นจะต้องอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวนำภาษีที่จ่ายให้สหรัฐฯ นั้นไปหักเป็นเครดิตภาษีในประเทศคู่สัญญา ซึ่งถือเป็นพันธกรณีตามอนุสัญญา ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้ำซ้อนจากเงินได้ก้อนเดียวกัน<sup>31</sup>

### 3.4 สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญา เมื่อเทียบกับประมวลกฎหมายภาษีสหรัฐฯ

ดังที่ได้เคยกล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าชาวต่างชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ (Nonresident Alien Individuals หรือ NRA) และนิติบุคคลต่างชาติ (Foreign corporation) นั้น โดยปกติจะมีเงินได้ในสหรัฐฯ อยู่ 2 ประเภท คือ เงินได้จากการประกอบธุรกิจ (Business income) และเงินได้จากภาคการลงทุน (Investment income)

<sup>30</sup>*Ibid.*, Article 1.2.

<sup>31</sup>*Ibid.*, Article 25.1.

### 1) เงินได้จากการประกอบธุรกิจ (Business income)

ในกรณีที่บุคคลต่างชาติ หากมีแหล่งเงินได้มาจากสหรัฐฯ นั้นเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการค้าหรือการทำธุรกิจในประเทศสหรัฐฯ แล้ว รัฐบาลจะเก็บภาษีกับบุคคลต่างชาติเฉกเช่นเดียวกับบุคคลของสหรัฐฯ เอง กล่าวคือ รัฐบาลสหรัฐฯ จะเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่มิได้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ (NRA) ในอัตราก้าวหน้า 10%-39.6%<sup>32</sup>

อย่างไรก็ตาม ภายใต้อนุสัญญาการขจัดภาษีซ้อน บุคคลต่างชาติเหล่านี้แม้จะมีแหล่งเงินได้จากการประกอบธุรกิจในสหรัฐฯ ก็อาจไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ให้ประเทศสหรัฐฯ ก็ได้ ถ้าหากบุคคลต่างชาตินั้นไม่มีสถานประกอบการถาวร (Permanent establishment) ในประเทศสหรัฐฯ<sup>33</sup>

สถานประกอบการถาวรในประเทศสหรัฐฯ นั้น หมายถึง สถานที่ทำธุรกิจที่แน่นอนในสหรัฐฯ<sup>34</sup> ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งสถานที่บริหารจัดการ, สาขา, ออฟฟิศ, โรงงาน หรืออื่นๆที่กฎหมายให้ถือว่าเป็นสถานประกอบการถาวรได้ เช่น ตัวแทนไม่อิสระหรือตัวแทนผูกขาด (Dependent agent)

ดังนั้น หากคนไทยไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศสหรัฐฯ แม้จะมีแหล่งเงินได้จากการประกอบธุรกิจในสหรัฐฯ ก็ไม่ต้องเสียภาษีให้รัฐบาลสหรัฐฯ โดยอาศัยอนุสัญญาฯ ได้

อย่างไรก็ตาม หากคนไทยมีสถานประกอบการถาวรในประเทศสหรัฐฯ และมีเงินได้ผ่านเข้ามาในสถานประกอบการดังกล่าวแล้ว บุคคลต่างชาติที่เป็นคนไทยจะต้องเสียภาษีให้สหรัฐฯ จากเงินได้ดังกล่าว<sup>35</sup>

### 2) เงินได้จากภาคการลงทุน (Investment income)

ในทางกลับกันหากคนไทยไม่มีรายได้ที่เชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการค้าหรือการทำธุรกิจในประเทศสหรัฐฯ (Income not effectively connected to US trade or business) รัฐบาลสหรัฐฯ มักจะจัดเก็บภาษีเงินได้ที่มาจากสหรัฐฯ (US source income) ในอัตราคงที่ 30% ของรายได้ทั้งหมด (Gross basis taxation)<sup>36</sup> ซึ่งรายได้ประเภทนี้ส่วนใหญ่มักเป็นรายได้จากภาคการลงทุน (Investment income) ที่ให้ผลตอบแทนในรูปของเงินปันผล (Dividend) ดอกเบี้ย (Interest) หรือค่าสิทธิ (Royalties) เป็นต้น

<sup>32</sup>IRC §871(b).

<sup>33</sup>1997 Convention Between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income, Article 7.1

<sup>34</sup>Ibid., Article 5.1.

<sup>35</sup>ทั้งนี้สถานประกอบการถาวรนั้นอาจไม่ตั้งขึ้นในทันทีที่บุคคลต่างชาติมาทำธุรกิจก็ได้ เพราะในทางปฏิบัติ บุคคลเหล่านี้จะต้องศึกษาตลาด และดูความเป็นไปได้ในการทำธุรกิจก่อนที่จะเริ่มประกอบธุรกิจอย่างจริงจัง ซึ่งหากธุรกิจมีโอกาสประสบความสำเร็จจึงค่อยตัดสินใจตั้งสถานประกอบการถาวรในภายหลังก็เป็นได้ดังนั้นสถานประกอบการถาวรจึงไม่จำเป็นต้องตั้งทันทีที่เริ่มประกอบธุรกิจ.

<sup>36</sup>IRC §871(a)(1).

แต่ภายใต้อนุสัญญาฯ ระหว่างไทยและสหรัฐฯ บุคคลต่างชาติที่เป็นคนไทยจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี เช่น

- ดอกเบี้ย (Interest) เสียภาษีให้สหรัฐฯ ลดลงจากอัตรา 30% เหลืออัตรา 10-15%<sup>37</sup>
- ค่าสิทธิ (Royalties) เสียภาษีให้สหรัฐฯ ลดลงจากอัตรา 30% เหลืออัตรา 5-15%<sup>38</sup>
- เงินปันผล (Dividends) ลดลงจากอัตรา 30% เหลืออัตรา 15%<sup>39</sup>

จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฯ เป็นการตกลงเจรจากันระหว่างประเทศเจ้าของแหล่งเงินได้ว่าจะยอมให้ประเทศคู่อนุสัญญาเป็นผู้มีสิทธิเก็บภาษีในเงินได้ประเภทใดบ้าง โดยประเทศเจ้าของเงินได้ยอมสละสิทธิในการเก็บภาษีไปเลยหรือเก็บภาษีในอัตราที่ต่ำกว่าสำหรับประเภทของเงินได้ที่เจรจานั้นๆ

นอกจากสิทธิประโยชน์เบื้องต้นต่อไปนี้แล้ว อนุสัญญายังได้กำหนดด้วยว่าประเทศคู่อนุสัญญาจะต้องไม่เลือกปฏิบัติกับบุคคลในประเทศคู่อนุสัญญาอีกชาติหนึ่ง เช่น รัฐบาลของประเทศหนึ่งจะเก็บภาษีกับบุคคลต่างชาติที่เป็นคู่อนุสัญญาในอัตราที่สูงกว่าคนชาติของตนไม่ได้<sup>40</sup> นอกจากนี้ประเทศคู่อนุสัญญายังต้องให้สิทธิประโยชน์กับบุคคลต่างชาติเท่าเทียมกับคนชาติตนเองด้วย เช่น การให้สิทธิหักลดหย่อนค่าใช้จ่ายต่างๆ<sup>41</sup>

#### 4. สรุปวิธีวิเคราะห์ภาระภาษีเงินได้สหรัฐฯ ของคนไทยที่มีเงินได้จากสหรัฐฯ

การวิเคราะห์ด้วย 5 ขั้นตอนต่อไปนี้ จะนำไปสู่การสรุปผลว่าบุคคลต่างชาตินั้นๆ จะมีภาระต้องเสียภาษีเงินได้ให้สหรัฐฯ หรือไม่อย่างไร

**ขั้นตอนที่ 1** ผู้เสียภาษีนั้นเป็นใคร - หากวิเคราะห์ไม่ใช่ทั้งชาวต่างชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ (Nonresident Alien Individuals: NRA) ก็แสดงว่าบุคคลนั้นต้องเสียภาษีให้สหรัฐฯ จากแหล่งเงินได้ทั่วโลก เนื่องจากบุคคลนั้นจะต้องเป็นพลเมืองสหรัฐฯ (US Citizen) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ (Resident alien) อย่างแน่นอน

<sup>37</sup>1997 Convention Between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income, Article 11.2.

<sup>38</sup>*Ibid.*, Article 12.2.

<sup>39</sup>*Ibid.*, Article 12.2.

<sup>40</sup>*Ibid.*, Article 26.1.

<sup>41</sup>1997 Convention Between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income, Article 26.2.

ขั้นตอนที่ 2 เงินได้นั้นมีแหล่งเงินได้จากที่ไหน – โดยปกติสหรัฐฯ จะไม่เก็บภาษีจากเงินได้ดังกล่าวเลย หากผู้เสียภาษีเป็นชาวต่างชาติที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐฯ และเงินได้นั้นมีแหล่งเงินได้นอกประเทศสหรัฐฯ แต่ถ้าเงินได้ดังกล่าวมีแหล่งเงินได้จากสหรัฐฯ บุคคลต่างชาตินั้นๆ มักจะถูกเก็บภาษีเงินได้สหรัฐฯ เสมอ

ขั้นตอนที่ 3 บุคคลต่างชาตินั้นมีการค้าหรือธุรกิจในสหรัฐฯ หรือไม่ – หากวิเคราะห์มาจนถึงขั้นตอนนี้แล้ว พบว่ามีการค้าหรือธุรกิจในสหรัฐฯ (Engaged in US trade or business) บุคคลต่างชาตินั้นมักจะเสียภาษีเงินได้สหรัฐฯ อย่างแน่นอน อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงจากขั้นตอนนี้จะนำไปสู่ในขั้นตอนต่อไป ซึ่งจะกำหนดได้ทันทีว่าบุคคลต่างชาตินั้นต้องเสียภาษีเงินได้สหรัฐฯ อย่างไร

ในทางตรงกันข้าม หากไม่มีการค้าหรือธุรกิจในสหรัฐฯ บุคคลต่างชาตินั้นอาจต้องเสียภาษีเงินได้ให้สหรัฐฯ ในอัตรากว่า 30%<sup>42</sup> หรือไม่ต้องเสียภาษีเลยก็ได้ขึ้นอยู่กับประเภทนั้นๆ

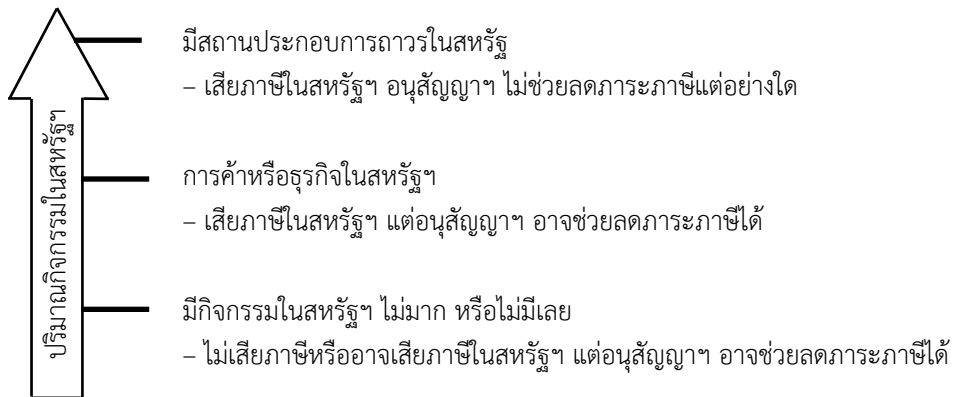
ขั้นตอนที่ 4 ถ้ามีการค้าหรือธุรกิจในสหรัฐฯ แล้ว เงินได้ที่แหล่งเงินได้จากสหรัฐฯ มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการค้าหรือธุรกิจในสหรัฐฯ ดังกล่าวหรือไม่ – ประเด็นนี้สามารถนำมาสรุปได้ว่าเงินได้ที่มาจากสหรัฐฯ นั้นจะเสียภาษีอย่างไร หากสรุปได้ว่าเงินได้ที่แหล่งเงินได้จากสหรัฐฯ ในขั้นตอนที่ 2 นั้นมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการค้าหรือธุรกิจในสหรัฐฯ (Effectively connected to US trade or business) ที่ปรากฏในขั้นตอนที่ 3 จริง กรณีเช่นนี้ บุคคลต่างชาติจะต้องเสียภาษีเงินได้สหรัฐฯ จากเงินได้สุทธิในอัตราก้าวหน้า (Net basis taxation) เฉกเช่นเดียวกับบุคคลสหรัฐฯ ซึ่งอาจเรียกเงินได้ประเภทนี้ว่า เงินได้ที่เชื่อมโยงกับการค้าหรือธุรกิจในสหรัฐฯ อย่างใกล้ชิด (Effectively connected income หรือ ECI)

แต่ถ้าปรากฏว่าบุคคลต่างชาติไม่มีการค้าหรือธุรกิจในสหรัฐฯ หรือมีการค้าหรือธุรกิจเช่นนั้นจริง แต่เงินได้ที่มาจากสหรัฐฯ ในขั้นตอนที่ 2 นั้นไม่ได้มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการค้าหรือธุรกิจในขั้นตอนที่ 3 ดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้ บุคคลต่างชาติจะเสียภาษีเงินได้สหรัฐฯ ในอัตรา 30% (Gross basis taxation)<sup>43</sup> หรืออาจไม่เสียภาษีเลยแล้วแต่กรณี

ขั้นตอนที่ 5 มีอนุสัญญาฯ จัดภาษีซ้อนบังคับใช้อยู่หรือไม่ – การวิเคราะห์ตั้งแต่ขั้นตอนที่ 1-4 นั้น เป็นการวิเคราะห์ตามบริบทของประมวลภาษีสหรัฐฯ ทั้งหมด อย่างไรก็ตามหากมีบุคคลต่างชาติดังกล่าวเป็นบุคคลของประเทศที่เป็นอนุสัญญาฯ กับสหรัฐฯ บุคคลต่างชาตินั้นอาจได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้อนุสัญญานั้นๆ ซึ่งโดยปกติแล้วอนุสัญญาฯ จะไม่เพิ่มภาระภาษีให้กับผู้เสียภาษีแต่อย่างใด

<sup>42</sup>IRC §871(a)(1).

<sup>43</sup>IRC §871(a)(1).



*แผนภาพ: เปรียบเทียบปริมาณกิจกรรมที่เกิดขึ้นในสหรัฐฯ กับภาระภาษีที่อาจเกิดขึ้น*

#### บรรณานุกรม

- Boris I. Bittker, Lawrence Lokken. **Fundamentals of international taxation: U.S. taxation of foreign income and foreign taxpayers.** 2013-2014 edition. Thomson Reuters/WGL, 2013.
- Charles H. Gustafson, Robert J. Peroni, Richard Crawford Pugh. **Taxation of International Transactions: Materials, Text, and Problems.** 4th edition. Thomson West, 2011.
- Paul R. McDaniel, Hugh J. Ault, James R. Repetti. **Introduction to United States International Taxation.** Kluwer Law International, 2005.
- Internal Revenue Code of 1986, as amended.
- Code of Federal Regulations.
- Convention Between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the United States of America for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income, 1997.
- Cook v. Tait*, 265 US 47 (1924).
- Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888).

หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์  
(Bona fide in Franchise Agreement)

“Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement”

Restatement (Second) of Contract §205

ผศ.ดร.สมชาย รัตน์ชื้อสกุล\*

Asst. Prof. Dr.Somchai Ratanachueskul

**บทคัดย่อ**

สัญญาแฟรนไชส์เป็นสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) และมักมีเงื่อนไขแบบ “ตกลงว่าจะตกลง” (Agree-to-agree Term) แฟรนไชซีต้องทำสัญญาตามที่แฟรนไชซอร์กำหนดไม่อาจเจรจาต่อรองเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาได้ (Take-it-or-leave-it agreement) จึงเป็นช่องทางให้แฟรนไชซอร์เอาเปรียบ แฟรนไชซีอย่างไรก็ดี ธุรกิจแฟรนไชส์มีธรรมชาติ (Nature) ที่พิเศษต่างจากสัญญาธุรกิจอื่นทั่วไปที่จำเป็นต้องให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจได้ตามสมควรเพื่อปรับเปลี่ยนธุรกิจแฟรนไชส์ให้เหมาะสมตามสภาพเศรษฐกิจ

การใช้หลักสุจริตกับสัญญาแฟรนไชส์เป็นกลไกทางกฎหมายที่สร้างความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาได้ระดับหนึ่งแต่อาจยังมีข้อจำกัดบางประการ บทความนี้เสนอแนวทางการปรับใช้หลักสุจริตกับเงื่อนไขในสัญญา แฟรนไชส์

**Abstract**

Franchise agreement is a standard form contract in which “agree to agree term” is generally accepted. Prospect franchisee(s), with weak bargaining power, will hardly success to negotiate for more favor terms. They must take it or leave it. In this circumstance some franchisors easily take advantages from their franchisees. However, franchise business has a unique nature compare to other type of businesses such that franchisors should have discretion to adapt or modify their businesses to protect their brand, their business and franchisees as well. Bona fide principle is one of the legal mechanisms to

---

\*นบ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นบท., นม. (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หัวหน้าสาขาธุรกิจแฟรนไชส์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, ที่ปรึกษาด้านกฎหมายสมาคมแฟรนไชส์และไลเซนส์.

ensure the fairness among the parties of the agreement. Nevertheless, there are some difficulties of using such principle to the Franchise agreement. This article will explore the prospect of using bona fide principle in agreement and proposed practical platform of applying bona fide principle to franchise agreement.

**คำสำคัญ :** หลักสุจริต สัญญาแฟรนไชส์

**Keywords :** Bona Fide, Principle of Good Faith, Franchise Agreement

ระบบธุรกิจแฟรนไชส์<sup>1</sup> ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ (แฟรนไชซี) มีสิทธิใช้ชื่อทางการค้าหรือเครื่องหมายการค้า (Brand) ของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ (แฟรนไชซอร์)<sup>2</sup> และแฟรนไชซีต้องทำธุรกิจภายใต้รูปแบบและมาตรฐานของ แฟรนไชซอร์ การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจะกระทบชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของเครื่องหมายการค้าของ แฟรนไชซอร์ และยังกระทบต่อธุรกิจของแฟรนไชซอร์และของแฟรนไชซีรายอื่นๆ ที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกันอีกด้วย<sup>3</sup>

สัญญาแฟรนไชส์ คือ กลไกหนึ่งที่ใช้กำกับแฟรนไชซีให้ปฏิบัติตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ ในสัญญา แฟรนไชส์จึงมีข้อกำหนดให้แฟรนไชซีต้องปฏิบัติเป็นจำนวนมาก เช่น การเลือกสถานที่ตั้งร้าน การออกแบบตกแต่งร้าน การวางผังและจัดร้าน การซื้อสินค้าและวัตถุดิบ การจำหน่ายสินค้าหรือบริการ รูปแบบการทำธุรกิจ การทำรายงาน การปฏิบัติตามคู่มือในการทำธุรกิจ (Operation Manual) รวมทั้งคำแนะนำของแฟรนไชซอร์ เป็นต้น

ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ เจ้าของธุรกิจ ซึ่งจะเรียกว่า แฟรนไชซอร์จะให้สิทธิในการประกอบธุรกิจแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า แฟรนไชซี โดยแฟรนไชซีจะต้องประกอบธุรกิจภายใต้เครื่องหมายทางการค้าของแฟรนไชซอร์ รวมทั้งต้องปฏิบัติตามรูปแบบการทำธุรกิจที่แฟรนไชซอร์เป็นผู้กำหนด ระบบแฟรนไชส์แบ่งเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ “แฟรนไชส์จำหน่ายสินค้า” (Product franchise) ซึ่งเน้นการให้สิทธิแฟรนไชซีจำหน่ายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าของแฟรนไชซอร์ เช่น ตัวแทนจำหน่ายรถยนต์ สถานีบริการน้ำมัน เป็นต้น รูปแบบนี้เป็นรูปแบบดั้งเดิมของธุรกิจแฟรนไชส์ อีกรูปแบบที่นิยมเพิ่มขึ้นในระยะหลัง คือ “แฟรนไชส์ระบบธุรกิจ” (Business format franchise) หรือเรียกว่า “Package franchise” หมายถึง แฟรนไชซอร์จะให้แฟรนไชซีทำธุรกิจตามระบบมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ในทุกด้านเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งต้องมีการถ่ายทอดระบบแก่แฟรนไชซีทำธุรกิจแฟรนไชส์ซับซ้อนมากขึ้น โปรดดู U.S. DEP'T of COMMERCE, Franchising in the Economy 1985-1987, p. 1.

<sup>2</sup>รูปแบบของการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จะใกล้เคียงกับการให้สิทธิ (License) โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องมีการให้สิทธิใช้เครื่องหมายการค้าด้วย (Trademark Licensing) แต่การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์จะมีขอบเขตเนื้อหาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากธุรกิจประเภทการให้สิทธิทั่วไป และคำเรียกเจ้าของธุรกิจแฟรนไชส์และผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ที่ใช้แพร่หลายและรับรู้เป็นการทั่วไปคือ แฟรนไชซอร์ และแฟรนไชซี ดังนั้น เพื่อให้บทความนี้มีความเฉพาะเจาะจงผู้เขียนจึงขอใช้คำว่า “แฟรนไชซอร์” และ “แฟรนไชซี” ในความหมายของผู้ให้สิทธิและผู้รับสิทธิ.

<sup>3</sup>Robert W. Emerson, “Franchise Terminations: Legal Rights and Practical Effects When Franchisees Claim the Franchisor Discriminates”, 35 AMB. L.J., 559 Note 29.



เงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์จะมีทั้งที่ระบุรายละเอียดชัดเจน เช่น การชำระค่าสิทธิ วิธีชำระ ผลเมื่อผิดนัดชำระ เป็นต้น เงื่อนไขอีกส่วนหนึ่งจะระบุให้สิทธิแฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจกำหนดแต่ฝ่ายเดียว เช่น ระบุให้แฟรนไชซีต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของแฟรนไชซอร์ หรือแฟรนไชซอร์มีสิทธิปรับเปลี่ยนรายละเอียดในการทำธุรกิจ เป็นต้น เงื่อนไขประเภทแรก แฟรนไชซีย่อมตระหนักถึงพันธะตามสัญญาเป็นอย่างดีตั้งแต่ก่อนทำสัญญา แต่เงื่อนไขประเภทหลัง แฟรนไชซีรู้เพียงว่าแฟรนไชซอร์มีสิทธิใช้ดุลพินิจแต่จะไม่รู้ว่าแฟรนไชซอร์จะใช้ดุลพินิจอย่างไร และเงื่อนไขอีกส่วนหนึ่งจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับดุลพินิจและประสบการณ์ทางธุรกิจของแฟรนไชซอร์อย่างมาก เช่น การตัดสินใจเลือกสถานที่ตั้งร้าน เป็นต้น

สัญญาแฟรนไชส์เป็นนิติสัมพันธ์ที่มีอายุสัญญาค่อนข้างยาว<sup>4</sup> แต่รูปแบบและมาตรฐานในการทำธุรกิจ ย่อมต้องเปลี่ยนแปลงในอนาคตเพื่อความอยู่รอดของธุรกิจ ดังนั้น สัญญาแฟรนไชส์จึงต้องมีเงื่อนไข “ตกลงว่าจะตกลง” (Agree-to-agree Terms) หรือระบุให้แฟรนไชซอร์เป็นผู้ใช้ดุลพินิจ เพื่อให้แฟรนไชซอร์มีอิสระปรับเปลี่ยนรูปแบบการทำธุรกิจเพื่อให้เกิดความเหมาะสมมีประสิทธิภาพและสร้างผลกำไรสูงสุดให้กับแฟรนไชซี รวมทั้งการให้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางแก่แฟรนไชซอร์ที่จะบอกเลิกสัญญาหรือต่ออายุสัญญาแฟรนไชส์หรือไม่<sup>5</sup> เพื่อให้สามารถตัดแฟรนไชซีที่ไม่ทำตามมาตรฐานออกจากระบบแฟรนไชส์ของตน แฟรนไชซีทุกรายต้องทำสัญญาเป็นมาตรฐานเดียวกัน และจะขอแก้ไขสัญญาไม่ได้ (Take-it-or-leave-it Contract)<sup>6</sup>

<sup>4</sup>Glickman กล่าวว่า ในสัญญาแฟรนไชส์คู่สัญญามุ่งที่จะผูกนิติสัมพันธ์ในระยะยาว และจากการสำรวจพบว่า อายุสัญญา แฟรนไชส์มักจะอยู่ระหว่าง 10-20 ปี โปรดดู Robert W. Emerson, “Franchising and the Collective Rights of Franchisees”, *Vanderbilt Law Review*, (October, 1990), Footnote 19.

<sup>5</sup>โปรดดู Ernest A. Braun, “Policy Issue of Franchising”, 14 SW. U.L. REV. 156, 226 (1984) และ โปรดดู Robert W. Emerson, “Franchise Contract Clauses and the Franchisor’s Duty of Care Toward Its Franchisees, 72 N.C. L. REV. 905, 949-950 (1994) ซึ่งระบุว่า แฟรนไชซอร์จะระบุนสาเหตุที่หลากหลายที่ให้สิทธิแฟรนไชซอร์บอกเลิกสัญญา อาทิ แฟรนไชซีเป็นบุคคลมีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือตกเป็นคนล้มละลาย การเสียสิทธิในสถานที่ตั้งร้านแฟรนไชส์ การไม่สามารถทำธุรกิจหรือมีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย กระทำความผิดในทางอาญา การละทิ้งไม่ดำเนินธุรกิจ หรือการปฏิเสธไม่ให้แฟรนไชซอร์เข้าตรวจสอบการทำธุรกิจ เป็นต้น และแฟรนไชซอร์ยังต้องการให้ศาลยอมรับสิทธิของแฟรนไชซอร์ในการบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์แม้จะไม่ได้ระบุเหตุในสัญญาก็ตาม หากเหตุอันกระทบต่อระบบแฟรนไชส์ทั้งระบบอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นแนวเดียวกับคำพิพากษาของศาลในคดี *Dayan v. McDonald’s Corp.*, 446 N.E.2d 958, 975 (Ill. App. Ct.1984) ที่วินิจฉัยว่า แฟรนไชซอร์มีเหตุผลสมควรที่จะบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ ในกรณีแฟรนไชซีไม่รักษาคุณภาพ บริการ หรือมาตรฐานความสะอาดปลอดภัย โดยไม่ต้องคำนึงว่าสัญญาจะได้ระบุเหตุดังกล่าวเป็นเหตุเลิกสัญญาหรือไม่ก็ตาม.

<sup>6</sup>โปรดดู Harold Brown, “A Fair Dealership Law—Proposed Findings and Purpose”, N.Y. L.J., Mar.28 1991.

โดยทั่วไปสัญญาแฟรนไชส์มักถูกพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่เอาเปรียบแฟรนไชซี และควรนำหลักสุจริต (*Bona fide*) มาใช้ประกอบการตีความสัญญาเพื่อลดความไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แม้มาตรา 171<sup>7</sup> จะกำหนดให้การตีความการแสดงเจตนาจะต้องคำนึงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร และมาตรา 368 จะกำหนดให้ตีความสัญญาไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย แต่การตีความเจตนาจะต้องเป็นกรณีที่มีนิติกรรมที่ทำให้มีข้อความไม่ชัดเจน หรือมีข้อความขัดแย้งกัน หรืออาจแปลข้อความได้เป็นหลายนัย แต่ถ้าข้อความในสัญญาชัดเจนแล้วก็ไม่มีความจำเป็นต้องตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอีก<sup>8</sup>

บทความนี้มุ่งวิเคราะห์ปัญหาข้อพิพาทในสัญญาแฟรนไชส์ และเสนอแนะการใช้และตีความสัญญา แฟรนไชส์ภายใต้หลักสุจริต (*Bona Fide/Good Faith Principle*) เนื้อหาบทความแบ่งเป็น 4 ส่วน ส่วนแรกจะกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของธุรกิจแฟรนไชส์ และปัญหาเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ โดยยกกรณีเงื่อนไขการกำหนดเขตพื้นที่ (*Store Territory*) การโอนสิทธิ (*Assignment*) และการบอกเลิกสัญญา (*Termination*) เป็นตัวอย่าง ส่วนที่สองเป็นการตีความเงื่อนไขสัญญาแฟรนไชส์ในสหรัฐอเมริกา ภายใต้หลักสุจริต (*Good Faith*) ส่วนต่อไปเป็นวิเคราะห์การปรับใช้หลักสุจริตภายใต้กฎหมายไทยกับสัญญาแฟรนไชส์ และส่วนสุดท้ายเป็นบทสรุปข้อเสนอนะ

## 1. ลักษณะทั่วไปของธุรกิจแฟรนไชส์

### (1) บทบาททางเศรษฐกิจและลักษณะทั่วไปของธุรกิจแฟรนไชส์

แฟรนไชส์เป็นกลยุทธ์ในการขยายสาขารูปแบบหนึ่ง ถือกำเนิดในสหรัฐอเมริกาและแพร่หลายไปทั่วโลก<sup>9</sup> กล่าวกันว่า 1/3 ของธุรกิจค้าปลีกในสหรัฐอเมริกาขยายด้วยระบบแฟรนไชส์จากการศึกษาผลกระทบของธุรกิจแฟรนไชส์ในสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2007 ของ International Franchise Association (IFA) พบว่า ในสหรัฐอเมริกามีธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งสิ้น 828,139 กิจการ สร้างงานถึง 9,125,700 ตำแหน่ง จ่ายค่าจ้างเงินเดือนรวมกันสูงถึง 304.4 พันล้านเหรียญสหรัฐ ผลิตสินค้าและบริการมีมูลค่ารวมกันสูงถึง 802.2 พันล้านเหรียญสหรัฐ และเม็ดเงินในภาคธุรกิจแฟรนไชส์ช่วยเพิ่มผลิตภัณฑ์มวลรวมของประเทศ (*Gross Domestic Product-GDP*) ถึงร้อยละ 3.9<sup>10</sup>

<sup>7</sup>กรณีระบุนามตราในบทความนี้ ผู้เขียนหมายถึง มาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น

<sup>8</sup>คำพิพากษาฎีกาที่ 3325/2548, 641/2554, และ 12104/2547.

<sup>9</sup>ในรายงาน Fifteenth Report on Competition Policy (1986) ซึ่งจัดทำโดย Commission of the European Communities เสนอความเห็นข้อเด่นของระบบแฟรนไชส์ว่า (1) ช่วยให้ธุรกิจขนาดเล็กสามารถแข่งขันกับธุรกิจจำหน่ายสินค้าขนาดใหญ่ได้ (2) ช่วยให้แฟรนไชเซอร์สามารถสร้างเครือข่ายในการกระจายสินค้าโดยไม่จำเป็นต้องลงทุนเปิดสาขาด้วยตนเอง และ (3) ช่วยให้ผู้ประกอบการแข่งขันเข้าสู่ตลาดได้ง่ายและทำเพิ่มการแข่งขันระหว่างสินค้าต่างแบรนด์.

<sup>10</sup>International Franchise Association, [Online], available URL: <http://www.buildingopportunity.com/impact/index.aspx>, 2014 (กรกฎาคม, 25).

ธุรกิจแฟรนไชส์ได้รับความนิยมเพิ่มมากขึ้นในประเทศไทยและถือเป็นภาคเศรษฐกิจที่สำคัญ ปัจจุบันมีผู้ประกอบการแฟรนไชส์ไทยกว่า 300 กิจการ มีมูลค่าธุรกิจเป็นยอดขายหมุนเวียนในระบบกว่า 168,000 ล้านบาท<sup>11</sup>

ความนิยมในธุรกิจแฟรนไชส์เกิดขึ้นเนื่องจากช่วยให้แฟรนไชซอร์ขยายธุรกิจได้เร็ว ลดภาระ การลงทุนและความเสี่ยงโดยแฟรนไชซีจะเป็นฝ่ายลงทุนทั้งหมด แฟรนไชซอร์ยังประหยัดกำลังคนและค่าใช้จ่าย ลดปัญหาด้านแรงงานและได้ความชำนาญและมนุษยสัมพันธ์ของคนในท้องถิ่นมาเป็นแฟรนไชซี

ในส่วนของแฟรนไชซี ธุรกิจแฟรนไชส์ช่วยให้แฟรนไชซีเป็นเจ้าของธุรกิจอย่างรวดเร็ว มีสิทธิใช้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและประสบความสำเร็จในธุรกิจมาแล้ว ได้รับการถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ในการทำธุรกิจ ช่วยลดความเสี่ยงเมื่อเทียบกับการเริ่มทำธุรกิจด้วยตนเอง

ธุรกิจที่จะขยายในรูปแบบแฟรนไชส์ต้องเป็นธุรกิจที่มีอายุธุรกิจนานพอสมควรและมีผลประกอบการที่พิสูจน์ให้เห็นว่าธุรกิจประสบความสำเร็จ แฟรนไชซีได้รับสิทธิให้ใช้เครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์และทำธุรกิจภายใต้รูปแบบ คำแนะนำ และประสบการณ์ของแฟรนไชซอร์ โดยแฟรนไชซีจะต้องชำระค่าตอบแทนแก่แฟรนไชซอร์ ดังนั้น ลักษณะสำคัญของระบบแฟรนไชส์จึงประกอบด้วย (1) การอนุญาตให้แฟรนไชซี ใช้เครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์ (2) การมีระบบสนับสนุนเพื่อให้ธุรกิจของแฟรนไชซีประสบความสำเร็จ และ (3) การชำระค่าตอบแทนแก่แฟรนไชซอร์ในรูปของค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ (Franchise Fee) หรือค่าสิทธิ (Royalty)<sup>12</sup>

เป็นที่ยอมรับกันว่า การทำธุรกิจแฟรนไชส์เปรียบเสมือนการแต่งงานในทางธุรกิจระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี<sup>13</sup> บทบาท หน้าที่ของแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีภายใต้ความสัมพันธ์ในระบบธุรกิจ แฟรนไชส์เปรียบดังส่วนผสมของเครื่องปรุงที่จะช่วยให้อาหารมีรสชาติดี หากส่วนผสมส่วนใดส่วนหนึ่งขาดหายไป ความสำเร็จในระบบแฟรนไชส์ก็ยากที่จะเกิดขึ้น<sup>14</sup>

## (2) สภาพปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์

การให้สิทธิแฟรนไชส์ทำให้แฟรนไชซอร์สูญเสียอำนาจบางส่วนในการควบคุมธุรกิจ เนื่องจาก แฟรนไชซีจะเป็นเจ้าของกิจการในสาขานั้นๆ หากแฟรนไชซีไม่ปฏิบัติตามระบบธุรกิจที่แฟรนไชซอร์ถ่ายทอด หรือแนะนำอ้อมกระทบต่อชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของเครื่องหมายการค้าของ

<sup>11</sup>พีระพงษ์ กิตติเวชโกวัฒน์, **สถานการณ์แฟรนไชส์ไทย 2555-2556** [Online], available URL: <http://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?docuID=582>, 2014 (กรกฎาคม, 24).

<sup>12</sup>โปรดดู Warren Pengilly, "International Franchising Arrangements and Problems in Their Negotiation." 7 *Northwestern Journal of International Law & Business*, 185 (1985-1986).

<sup>13</sup>สมชาย รัตนเชื้อสกุล, **พลิกกฎหมายเป็นกลยุทธ์ในธุรกิจแฟรนไชส์** (กรุงเทพมหานคร: เอ อาร์ บิสิเนส เพรส, 2546), หน้า 19.

<sup>14</sup>Minority and Franchising: Hearing before the Committee on Small Business, 102D Cong., 9 (1991).

แฟรนไชซอร์ (Brand's image of Franchisor) ซึ่งสั่งสมมาเป็นเวลานาน ผลกระทบจะเกิดในวงกว้างทั้งต่อแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีทุกรายที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน

สัญญาแฟรนไชส์จึงเป็นกลไกสำคัญในระบบแฟรนไชส์ที่แฟรนไชซอร์ใช้กำหนดกรอบสิทธิและหน้าที่ในระหว่างคู่สัญญาโดยเฉพาะหน้าที่ที่แฟรนไชซีต้องปฏิบัติ ลักษณะสำคัญของสัญญาแฟรนไชส์ 2 ประการ คือ

(1) เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่แฟรนไชซอร์เป็นฝ่ายจัดทำขึ้น และผู้ประสงค์จะเป็นแฟรนไชซีต้องทำสัญญานั้นโดยไม่อาจแก้ไขได้ (Take-it-or-leave-it Contract) เนื่องจากอำนาจต่อรองน้อยกว่าจากการที่ขาดประสบการณ์ในการทำธุรกิจ

(2) ในสัญญาแฟรนไชส์จะระบุเงื่อนไขแบบ “ตกลงว่าจะตกลง” (Agree-to-Agree Terms) ซึ่งเปิดโอกาสให้แฟรนไชซอร์แต่ฝ่ายเดียวใช้ดุลพินิจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข สิทธิและหน้าที่บางประการของแฟรนไชซีในภายหลัง ทำให้แฟรนไชซีเกิดภาระหรือหน้าที่เพิ่มขึ้น และหากไม่ปฏิบัติตามอาจถูกบอกเลิกสัญญา ซึ่งจะสร้างความเสียหายแก่แฟรนไชซีที่ต้องสูญเสียเงินลงทุน (Sunk cost)

ลักษณะสำคัญข้างต้นจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของระบบแฟรนไชส์ 2 ประการ คือ

(1) ควบคุมให้แฟรนไชซีทุกรายประกอบธุรกิจตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์เพื่อรักษาชื่อเสียงและคุณค่าของเครื่องหมายการค้าของแฟรนไชซอร์

(2) ดูแลให้ธุรกิจของแฟรนไชซีประสบความสำเร็จตามเป้าหมายที่วางไว้

สัญญาแฟรนไชส์ที่ใช้ในประเทศไทยส่วนใหญ่พัฒนาจากสัญญาแฟรนไชส์ที่ใช้แพร่หลาย ในต่างประเทศ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนจึงขอหยิบยกเงื่อนไขบางประเด็นที่ใช้แพร่หลายในสัญญาแฟรนไชส์และมักมีข้อวิจารณ์ว่าเป็นเงื่อนไขที่เอาเปรียบแฟรนไชซี เพื่อแสดงให้เห็นแง่มุมและการให้เหตุผลทั้งจากฝ่ายแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี ดังนี้

(1) การกำหนดเขตพื้นที่ (Store Territory)

สัญญาแฟรนไชส์มักไม่กำหนดเขตพื้นที่ที่ให้สิทธิแก่แฟรนไชซี บางสัญญาจะระบุชัดเจนว่า แฟรนไชซีไม่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Non-exclusive) แฟรนไชซอร์สงวนสิทธิที่จะเปิดร้านในพื้นที่ใดก็ได้ เงื่อนไขเช่นนี้เปิดโอกาสให้แฟรนไชซอร์สามารถเปิดร้านแฟรนไชส์ (ทั้งที่เป็นร้านของแฟรนไชซอร์เองหรือให้สิทธิแก่ แฟรนไชซีรายใหม่) ใกล้กับร้านของแฟรนไชซีรายเดิมและอาจกระทบต่อยอดขายของแฟรนไชซีเดิมได้

ฝ่ายแฟรนไชซอร์ให้เหตุผลต่อกรณีนี้ว่า การกำหนดเขตพื้นที่ชัดเจนตายตัวอาจเกิดปัญหาต่อธุรกิจ ในกรณีที่บริเวณนั้นมีกำลังซื้อเพิ่มขึ้นและร้านของแฟรนไชซีไม่อาจรองรับปริมาณลูกค้าที่เพิ่มขึ้นได้ แม้แฟรนไชซอร์อาจคาดได้ว่าร้านแฟรนไชส์หนึ่งๆ รองรับลูกค้าได้เท่าใด แต่บางครั้งสภาพแวดล้อมของธุรกิจอาจเปลี่ยนแปลงเกินคาดหมาย เช่น เขตที่อยู่อาศัยขยายตัวทำให้ประชากรในบริเวณดังกล่าวเพิ่มขึ้น หรือมีอาคารสำนักงานขนาดใหญ่ทำให้มีผู้คนมาทำงานในอาคารดังกล่าวเป็นจำนวนมาก หรือมีศูนย์การจราจรขนส่งเกิดขึ้น ทำให้มีคนเข้ามาในพื้นที่ดังกล่าวเพิ่มขึ้น เป็นต้น การกำหนดเขต

พื้นที่แนชต์จะทำให้ขาดความยืดหยุ่นในอนาคต แฟรนไชซอร์ไม่อาจเพิ่มร้านแฟรนไชส์ในพื้นที่ดังกล่าวได้เนื่องจากขัดกับสัญญาที่ทำไว้ แต่ขณะเดียวกันร้านของ แฟรนไชซีก็ไม่มีศักยภาพที่จะรองรับลูกค้าที่เพิ่มขึ้นได้ ดังนั้น จึงเหมาะสมกว่าที่จะไม่ระบุเขตพื้นที่ไว้ (Store territory)

อย่างไรก็ดี แฟรนไชซอร์ต้องช่วยให้ธุรกิจของแฟรนไชซีมีกำไรเพื่อจะได้รับค่าสิทธิเป็นค่าตอบแทน หากแฟรนไชซอร์เปิดร้านใกล้เคียงกันมากย่อมกระทบต่อยอดขายของแฟรนไชซีเดิม และทำให้แฟรนไชซีเดิมลดความมุ่งมั่นในการทำธุรกิจส่งผลให้ต้องเลิกธุรกิจไป<sup>15</sup> เสมือนหนึ่งการฆ่าห่านเพื่อเอาไข่ และท้ายที่สุดจะลดจำนวนผู้สนใจเข้าเป็นแฟรนไชซี ดังนั้น โดยหลักการแฟรนไชซอร์จะไม่กระทำการที่กระทบต่อแฟรนไชซีของตน อีกทั้งเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปในธุรกิจแฟรนไชส์ที่แฟรนไชซอร์จะให้สิทธิแฟรนไชซีเดิมในการเปิดร้านใหม่ก่อน การให้ดุลพินิจแก่แฟรนไชซอร์ในประเด็นนี้จะทำให้ใช้ประโยชน์ในพื้นที่หนึ่งๆ ได้อย่างเต็มที่

### (2) การโอนสิทธิ (Assignment)

สัญญาแฟรนไชส์จะห้ามโอนสิทธิแก่บุคคลอื่นเว้นแต่แฟรนไชซอร์จะยินยอม และกรณีแฟรนไชซอร์ให้ความยินยอมก็จะต้องเสียค่าธรรมเนียมโอนสิทธิ รวมทั้งผู้รับโอนต้องเข้ารับการฝึกอบรมการทำธุรกิจกับ แฟรนไชซอร์อีกด้วย ทำให้แฟรนไชซีในฐานะเจ้าของกิจการไม่มีสิทธิเต็มที่ในกิจการของตนเอง และแม้อาจขอความยินยอมจากแฟรนไชซอร์ได้ แต่อาจจะไม่ได้รับความยินยอมและถ้าแฟรนไชซีไม่ประสงค์จะทำธุรกิจนั้นต่อไป แฟรนไชซีต้องเลิกธุรกิจและสูญเสียเงินลงทุนทั้งหมด และในบางสัญญาจะให้แฟรนไชซอร์เป็นผู้รับโอนสิทธิได้ก่อน (First to refusal) การไม่ให้ความยินยอมจึงอาจเพราะต้องการยึดกิจการของแฟรนไชซีไว้เองก็ได้

ฝ่ายแฟรนไชซอร์ให้ความเห็นว่า ผู้รับโอนสิทธิจะเข้าสวมสิทธิเป็นแฟรนไชซีต่อไป แฟรนไชซอร์จึงมีสิทธิเต็มที่ที่จะคัดเลือกผู้ที่เหมาะสมจะเป็นแฟรนไชซีของตนป้องกันไม่ให้บุคคลที่ไม่พึงประสงค์เข้ามาเป็น แฟรนไชซี แฟรนไชซอร์ต้องฝึกอบรมแก่ผู้รับโอนสิทธิเหมือนแฟรนไชซีใหม่จึงต้องเรียกเก็บค่าโอนสิทธิ และกรณีการใช้สิทธิซื้อก่อน (First to refusal) นั้นก็มักใช้กรณีจำเป็นที่ยังหาผู้รับโอนรายใหม่ที่เหมาะสมไม่ได้ และเพื่อป้องกันมิให้ร้านแฟรนไชส์นั้นต้องหยุดกิจการอันกระทบถึงภาพลักษณ์ของธุรกิจโดยรวม และการไม่อนุญาตให้โอนสิทธิจะทำกรณีจำเป็นเท่านั้นเพราะเกรงจะกระทบต่อจำนวนผู้ประสงค์จะเข้าเป็นแฟรนไชซี (Prospective Franchisee)

### (3) การบอกเลิกสัญญา (Termination)

ดังได้กล่าวแล้วว่า สัญญาแฟรนไชส์จะกำหนดหน้าที่ของแฟรนไชซีเป็นด้านหลัก และมักกำหนดหน้าที่โดยใช้เงื่อนไขแบบ “ตกลงว่าจะตกลง” (Agee-to-agree Terms) สัญญายังกำหนดให้แฟรนไชซีต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของแฟรนไชซอร์ที่จะแจ้งให้ทราบเป็นคราวๆ ไป การไม่ปฏิบัติตามถือว่าแฟรนไชซีผิดสัญญาและนำไปสู่การบอกเลิกสัญญาหรือไม่ต่ออายุสัญญาได้

<sup>15</sup> พิระพงษ์ กิตติเวชโกวัฒน์, แฟรนไชส์ยุทธการโคลนนิ่งธุรกิจ (กรุงเทพมหานคร: บริษัทแฟรนเน็ก จำกัด, 2557), หน้า. 99.

ฝ่ายแฟรนไชซอร์ให้เหตุผลว่า สัญญาแฟรนไชส์ต้องกำหนดกรอบหน้าที่ของแฟรนไชซีไว้เป็นจำนวนมาก เพื่อให้แฟรนไชซีปฏิบัติตามมาตรฐานของแฟรนไชซอร์ การทำผิดมาตรฐานจะก่อความเสียหายใน วงกว้างต่อชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของเครื่องหมายการค้า กระทั่งต่อแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีรายอื่นๆ ด้วย โดยทั่วไปสัญญาแฟรนไชส์จะแบ่งระดับการผิดสัญญาเป็น 2 ระดับ คือ (1) ระดับร้ายแรง เช่น การไม่ยอมชำระ ค่าสิทธิ ค่าการตลาด การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของแฟรนไชซอร์ เป็นต้น กรณีนี้สัญญา มักกำหนดให้ แฟรนไชซอร์บอกเลิกสัญญาได้ทันที และ (2) ระดับไม่ร้ายแรง เช่น การไม่ยอมส่งพนักงานเข้าฝึกอบรมเพิ่มเติม การปฏิบัติไม่ได้ตามมาตรฐานหรือคำแนะนำของแฟรนไชซอร์ในบางเรื่อง เป็นต้น กรณีนี้สัญญา มักกำหนดให้ต้องเตือนแฟรนไชซีให้แก้ไขเหตุผิดสัญญาภายในระยะเวลาตามสมควรก่อน หากแฟรนไชซียังไม่ยอมปฏิบัติตามจึงจะบอกเลิกสัญญาได้

โดยทั่วไปแฟรนไชซอร์จะใช้การเจรจาแทนการบอกเลิกหรือไม่ต่ออายุสัญญา เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาหรือไม่ต่ออายุสัญญาจะมีผลทางจิตวิทยาต่อแฟรนไชซีรายอื่นๆ และผู้ที่ประสงค์จะเข้ามาเป็น แฟรนไชซีรายใหม่ได้ ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อธุรกิจของแฟรนไชซอร์<sup>16</sup> ความสัมพันธ์ในระบบแฟรนไชส์จะมีระยะยาวและมีปฏิสัมพันธ์ในทางธุรกิจค่อนข้างมาก การทำผิดเงื่อนไขในสัญญาบ้าง (ในข้อเล็กน้อยและมีการแก้ไข) เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้เป็นปกติและการรักษาคุณค่าที่ร่วมกันทำธุรกิจย่อมมีคุณค่ามากกว่าการตัดสัมพันธ์โดยสิ้นเชิงด้วยการ บอกเลิกหรือไม่ต่ออายุสัญญา

จากตัวอย่างเงื่อนไขข้างต้น อาจกล่าวโดยรวมได้ว่า นิติสัมพันธ์ในสัญญาแฟรนไชส์ซับซ้อนกว่าสัญญาธุรกิจประเภทอื่น คู่สัญญาแม้จะเป็นหน่วยธุรกิจที่แยกจากกันแต่จะผูกพันทางธุรกิจอย่างใกล้ชิด ความสัมพันธ์มีระยะเวลานาน แฟรนไชซอร์ต้องพัฒนารูปแบบและมาตรฐานเพื่อให้ธุรกิจสอดคล้องกับสภาพธุรกิจและการแข่งขันตลอดเวลาเพื่อให้ธุรกิจแฟรนไชส์มีประสิทธิภาพและกำไรสูงสุด การไม่ทำตามมาตรฐานจะกระทบอย่างรุนแรงและในวงกว้างต่อแฟรนไชส์นั้น ด้วยลักษณะพิเศษและพันธกรณีของแฟรนไชซอร์ทำให้สัญญา แฟรนไชส์เปิดช่องให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจกำหนดรายละเอียดเงื่อนไขต่างๆ ได้อย่างกว้างขวางเพื่อให้สัมฤทธิ์ผลตามเป้าหมายธุรกิจ

อย่างไรก็ดี ศาลในสหรัฐอเมริกาได้นำหลักสุจริต (*Bona fide/Good faith*) และหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (*Fair dealing*) ซึ่งมีฐานะเป็นเพียงข้อตกลงโดยปริยาย (*Implied covenant*) มาปรับใช้ในบางคดีเพื่อลดทอนความได้เปรียบของฝ่ายแฟรนไชซอร์ และทำให้ข้อตกลงที่ระบุให้สิทธิแฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจไว้โดยชัดแจ้งในสัญญา (*Express terms*) ไม่สามารถบังคับได้

## 2. การใช้หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์ : บทเรียนจากสหรัฐอเมริกา

ในระดับสหพันธรัฐ (Federal) สหรัฐอเมริกามีเพียงกฎของคณะกรรมการการค้ากลาง (Federal Trade Commission: FTC) ที่เรียกว่า (Disclosure Requirements and Prohibitions

<sup>16</sup>Thomas M. Pitegoff, "Franchise Relationship Laws: A Minefield for Franchisor," 45 BUS. LAW. 289, 309 (1989).

Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures: FTC Rule)<sup>17</sup> เพียงฉบับเดียวที่กำกับการทำธุรกิจแฟรนไชส์โดยเฉพาะ โดยกำหนดให้แฟรนไชซอร์ต้องเปิดเผยข้อมูลแก่แฟรนไชซีก่อน (Pre-sale disclosures) ส่วนในระดับมลรัฐ (State) มีเพียงบางมลรัฐที่มีกฎหมายกำกับธุรกิจแฟรนไชส์ โดยเฉพาะ ซึ่งส่วนใหญ่จะมีเนื้อหาทำนองเดียวกับ FTC Rule

ธุรกิจแฟรนไชส์ได้รับความนิยมมากในสหรัฐอเมริกา ข้อพิพาทในธุรกิจแฟรนไชส์จึงมีมากเช่นกัน และแทบทุกคดีแฟรนไชซีจะอ้างว่าการกระทำของแฟรนไชซอร์ขัดต่อหลักสุจริต (Good faith) หรือหลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Fair dealing) อย่างไรก็ตาม การนำหลักกฎหมายทั้งสองหลักมาใช้เพื่อหักล้างข้อสัญญาที่ระบุให้สิทธิแก่แฟรนไชซอร์โดยชัดแจ้งนั้น (Express terms) แนวคำวินิจฉัยของศาลในสหรัฐอเมริกายังไม่ลงรอยกันนัก

### (1) การนำหลักสุจริตมาใช้ในสัญญาแฟรนไชส์

ในคดี *Vylene*<sup>18</sup> แฟรนไชซอร์ (จำเลย) ถูกฟ้องว่าตั้งร้านใหม่ในระยะห่างไม่ถึงสองไมล์จากร้านของแฟรนไชซี (โจทก์) เพื่อแข่งกับร้านโจทก์ จำเลยต่อสู้ว่าในสัญญาระบุชัดเจนว่าโจทก์ไม่มีสิทธิเด็ดขาดในพื้นที่ ตั้งร้าน (territorial exclusivity to the franchisee) ดังนั้น จำเลยจะตั้งร้านที่ใดก็ได้

ศาลอุทธรณ์ภาค 9 (Ninth Circuit Court) วินิจฉัยว่า ในสัญญาแฟรนไชส์ไม่ได้ให้สิทธิพิเศษใดๆ แก่โจทก์ในพื้นที่ตั้งร้าน อย่างไรก็ตาม ศาลพบว่าการทำที่จำเลยตั้งร้านของตนเองในระยะห่างประมาณไมล์เศษจากร้านโจทก์ ถือเป็นการทำผิดข้อตกลง (โดยปริยาย-Implied Covenant) ว่าจะทำการโดยสุจริตและปฏิบัติอย่างเป็นธรรม<sup>19</sup>

ฟ้องโจทก์ยังกล่าวว่า จำเลยไม่ยอมต่ออายุสัญญาแก่โจทก์โดยไม่สุจริตด้วยการเสนอเงื่อนไข ต่อสัญญาที่ไม่เหมาะสมในทางธุรกิจ (Commercially unreasonable) จำเลยต่อสู้ประเด็นนี้ว่า ในสัญญาให้สิทธิโจทก์ที่จะขอต่ออายุสัญญาแต่ไม่ได้ระบุรับรองว่าโจทก์จะได้รับการต่ออายุสัญญา

<sup>17</sup>16 C.F.R. 436 (2007), ภายใต้ FTC Rule แฟรนไชซอร์จะต้องเปิดเผยข้อมูลอย่างครบถ้วนสมบูรณ์ให้แก่ผู้ที่สนใจจะเป็นแฟรนไชซี ทั้งนี้ตามแบบที่ FTC กำหนด การฝ่าฝืนจะทำให้แฟรนไชซอร์ไม่อาจเสนอขายแฟรนไชส์ได้ และจะมีความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา รวมทั้งฝ่ายบริหารของแฟรนไชซอร์ด้วย 15 U.S.C. § 45 (M) 1994.

<sup>18</sup>*Vylene Enters., Inc. v. Naugles, Inc.*, 90 F.3d 1472 (9th Cir. 1996) คำพิพากษาของศาลที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้กับสัญญาแฟรนไชส์ยังปรากฏในคดี *Carvel Corp. v. Diversified Management Group, Inc.*, 930 F.2d 228 (2<sup>nd</sup> Cir. 1991) โดยศาลวินิจฉัยว่าแม้สัญญาจะให้อำนาจอย่างเต็มที่แก่แฟรนไชซอร์ (จำเลย) ในการอนุมัติสถานที่ตั้งร้าน (Location) แต่ศาลเห็นว่าจำเลยใช้ดุลพินิจนั้นอย่างไม่สมเหตุผล (Unreasonable) คำวินิจฉัยนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าประหนึ่งจำเลยจะใช้ดุลพินิจได้เฉพาะเท่าที่แฟรนไชซี (โจทก์) จะเห็นด้วยเท่านั้น เท่ากับทำให้ข้อสัญญาที่ระบุให้ดุลพินิจแก่จำเลยไม่อาจใช้บังคับได้ โปรดดู Kathryn Lea Harman, “The Good Faith Gamble in Franchise Agreements: Does Your Implied Covenant Trump My Express Terms?,” 28 *Columbia Law Review*, 473,488 (1997-1998).

<sup>19</sup>คดีนี้ศาลอ้างคำวินิจฉัยศาลในคดี *Scheck v. Burger King Corp.*, 756 F. Supp. 543 (S.D. Fla. 1991) โดยศาลไม่ได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าคำวินิจฉัยในคดี *Scheck* ถูกกลับโดยคำวินิจฉัยในคดีอื่นแล้ว โปรดดู Kathryn Lea Harman, *ibid* Note 82.

ศาลอุทธรณ์ภาค 9 (Ninth Circuit Court) วินิจฉัยว่า สัญญาแฟรนไชส์ไม่ได้รับรองว่า โจทก์จะได้รับการต่ออายุสัญญา และสัญญาระบุให้การต่ออายุสัญญาขึ้นอยู่กับผลการเจรจาของผู้สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่ศาลก็เห็นด้วยกับโจทก์ว่าจำเลยไม่สุจริต (Bad faith) ที่เสนอเงื่อนไขการต่อสัญญาที่ไม่มีความเป็นไปได้ในทางธุรกิจทั้งที่รู้ว่าโจทก์จะต้องปฏิเสธเงื่อนไขการต่ออายุสัญญาดังกล่าวแน่นอน

ผลของคำพิพากษาในคดี *Vylene* แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงโดยปริยาย (Implied covenant) ที่แฟรนไชซอร์ต้องทำการโดยสุจริต (Good faith) และปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Fair dealing) มีฐานะเหนือกว่า ข้อสัญญาที่ระบุไว้ชัดเจน (Express terms) และเข้าแทนที่ (Supplemented) เงื่อนไขที่ระบุชัดเจนในสัญญาแฟรนไชส์

ในคดี *Carvel Corp.*<sup>20</sup> ศาลอุทธรณ์ภาค 2 (Second Circuit Court) วินิจฉัยว่า แม้สัญญาจะให้อำนาจแก่แฟรนไชซอร์ (จำเลย) ใช้ดุลพินิจอนุมัติสถานที่ตั้งร้านก็ตาม แต่ศาลเห็นด้วยกับคำชี้ขาดของคณะลูกขุนที่ระบุว่า จำเลยใช้อำนาจโดยไม่มีเหตุอันสมควร (Unreasonably) และแสดงให้เห็นถึงการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของจำเลย มีข้อสังเกตว่าคดีนี้ศาลไม่ได้กล่าวถึง ข้อต่อสู้ของจำเลยที่อ้างว่าการไม่อนุมัติสถานที่ตั้งเพราะไม่มั่นใจกับทำเลที่ตั้งดังกล่าว และศาลก็ไม่ได้แยกให้เห็นว่า กรณีอย่างไรเป็นการใช้ดุลพินิจที่ศาลยอมรับได้

ผลของคดีนี้สร้างความกังวลแก่แฟรนไชซอร์ เพราะทำให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจของตนไม่ได้ หากแฟรนไชซีไม่เห็นด้วย เท่ากับอำนาจใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์ถูกลดทอนลง

แนวคำวินิจฉัยในคดี *Vylene* และคดี *Carvel Corp.* ยังปรากฏในคดี *Photovest*<sup>21</sup> ของศาลอุทธรณ์ภาค 7 (Seventh Circuit Court) ที่วินิจฉัยว่า แฟรนไชซอร์ละเมิดข้อตกลงโดยปริยายที่จะต้องดำเนินการโดยสุจริตและปฏิบัติด้วยความเป็นธรรม (breached the implied covenant of good faith and fair dealing) ในการตั้งร้านของตนเพิ่มขึ้นในเขตพื้นที่ร้านของแฟรนไชซี (market areas of franchised stores) เพราะแย่งลูกค้าจากร้านของแฟรนไชซี

คดี *Dunkin' Donut*<sup>22</sup> เป็นอีกคดีที่ศาลอุทธรณ์ภาค 11 (Eleventh Circuit Court) วินิจฉัยให้ แฟรนไชซี (จำเลย) ชนะคดีโดยศาลไม่คำนึงถึงอำนาจการใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์ (โจทก์) ในคดีนี้ศาลพบว่า แฟรนไชซอร์ใช้เกณฑ์ตรวจสอบยอดขายของจำเลยด้วยวิธีการใหม่ซึ่งไม่ได้ระบุในสัญญา เนื่องจากเห็นว่าจำเลยแจ้งยอดขายต่ำเกินไป (underreported) และผลตรวจสอบที่ได้จากเกณฑ์ใหม่ดังกล่าวแตกต่างจากยอดขาย ที่จำเลยแจ้งแก่โจทก์ ศาลพบว่า โจทก์ใช้เกณฑ์ตรวจสอบใหม่เพราะต้องการตอบโต้จำเลยที่ไม่ยอมต่อสัญญา ในเงื่อนไขที่โจทก์กำหนดจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต นอกจากนี้ ศาลยังวินิจฉัยว่า จำเลยไม่ได้รายงานยอดขายต่ำกว่าความเป็นจริงโดยตั้งใจ แต่ไม่ได้ให้เหตุผลว่าเพราะเหตุใดศาลจึงเห็นเช่นนั้น

<sup>20</sup>*Carvel Corp. v. Diversified Management Group, Inc.* 930 F.2d 228 (2d Cir.1991).

<sup>21</sup>*Photovest Corp. v. Fotomat Corp.* 606 F.2d 704 (7th Cir. 1979).

<sup>22</sup>*Dunkin' Donut of America, Inc. v. Minerva, Inc.*, 956 F.2d 1566 (11th Cir.1992).



แม้จะปรากฏคำวินิจฉัยของศาลในหลายคดีที่ให้ความสำคัญกับข้อตกลงโดยปริยายที่แฟรนไชเซอร์จะต้องใช้สิทธิโดยสุจริตและต้องปฏิบัติด้วยความเป็นธรรมต่อแฟรนไชซี ดังได้กล่าวมาเป็นตัวอย่างแล้ว แต่กลับปรากฏในอีกหลายคดีที่ศาลวินิจฉัยในทางตรงข้าม

## (2) การปฏิเสธหลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์

ในคดี *Massey*<sup>23</sup> ศาลอุทธรณ์ภาค 8 (Eighth Circuit Court) วินิจฉัยว่า เมื่อคู่สัญญาได้ระบุเรื่องใดเรื่องหนึ่งอย่างชัดเจนในสัญญาแฟรนไชส์แล้ว เท่ากับคู่สัญญาได้ตัดไม่ให้นำข้อตกลงโดยปริยายมาใช้กับเรื่องนั้น อีกต่อไป และศาลเห็นว่าข้อตกลงที่ได้ตกลงไว้ชัดเจนแล้วย่อมสำคัญกว่าหลักทั่วไปที่ปรับใช้กับกรณีอื่นๆ เป็นการทั่วไป ในคดีนี้ศาลไม่ถือว่าแฟรนไชซีมีสิทธิพิเศษเหนือพื้นที่ที่ตั้งร้านเนื่องจากสัญญาได้ระบุวัตถุประสงค์ดังกล่าวไว้ชัดเจนแล้ว ศาลยังกล่าวไว้น่าสนใจว่า ศาลยอมรับว่าในสัญญาแฟรนไชส์ต้องนำหลักสุจริตและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมมาใช้ แต่ไม่สามารถใช้ในลักษณะลบล้างข้อตกลงที่ระบุไว้ชัดเจนได้

ในคดี *Corenswet*<sup>24</sup> แฟรนไชซี (โจทก์) อ้างว่าแฟรนไชเซอร์ (จำเลย) กลั่นแกล้งด้วยการบอกเลิกสัญญา แต่ศาลอุทธรณ์ภาค 5 (Fifth Circuit Court) ไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างของโจทก์ เนื่องจากเห็นว่าในสัญญาอนุญาตให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดๆ

ในคดี *Dome Stadium Hotel*<sup>25</sup> ศาลอุทธรณ์ภาค 5 ปฏิเสธไม่เห็นด้วยกับแฟรนไชซี (โจทก์) ที่อ้างว่าการที่แฟรนไชเซอร์ (จำเลย) เข้ารับบริหารโรงแรมที่ใกล้กับโรงแรมของโจทก์ถือเป็นการผิดข้อตกลงที่จะทำการโดยสุจริต โดยศาลให้ความเห็นทำนองเดียวกับคดี *Corenswet* ว่า ข้อตกลงโดยปริยายที่ (คู่สัญญา) ต้องทำการโดยสุจริตหรือการปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงข้อตกลงที่ระบุในสัญญาโดยชัดเจนได้ เมื่อสัญญาระบุว่าโจทก์ไม่มีสิทธิพิเศษใดๆ ในพื้นที่ตั้งโรงแรม (non-exclusive) จำเลยจึงเข้าบริหารจัดการโรงแรมใดๆ ก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด และศาลอุทธรณ์ภาค 5 ยังยืนยันความเห็นเดิมอีกในคดี *MacDonald*<sup>26</sup>

กล่าวโดยสรุป แนวคำวินิจฉัยของศาลในสหรัฐอเมริกายังไม่ลงรอยกันว่าในสัญญาแฟรนไชส์จะนำหลักสุจริตและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม (Good faith and fair dealing) มาใช้กับความสัมพันธ์ในสัญญา แฟรนไชส์ได้หรือไม่ หากสัญญาได้ระบุเงื่อนไขในเรื่องอื่นๆ ไว้ชัดเจนแล้ว

เพื่อลดความไม่แน่นอนและเพื่อให้การคุ้มครองแฟรนไชซีมีความเป็นมาตรฐาน จึงมีความพยายามเสนอกฎหมาย Federal Fair Franchise Practices Act<sup>27</sup> กฎหมายฉบับนี้ให้น้ำหนักกับ

<sup>23</sup>*Massey v. Tandy Corp.* 987 F.2d 1307(8th Cir.1993).

<sup>24</sup>*Corenswet, Inc. v. Amana Refrigeration, Inc.* 594 F.2d 129 (5th Cir. 1979).

<sup>25</sup>*Domed Stadium Hotel, Inc. v. Holiday Inns, Inc.* 732 F.2d 480 (5th Cir.1984).

<sup>26</sup>*McDonald's Corp. v. Watson*, 69 F.3d 36 (5th Cir. 1995).

<sup>27</sup>141 Cong.Rec. E1146-03 (daily ed. May 26, 1995 และโปรดดู H.R. 104-1717 (1995)).

การคุ้มครองแฟรนไชซีเป็นหลัก แต่ฝ่ายสนับสนุนร่างกฎหมายนี้ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดการให้ความคุ้มครองแฟรนไชซีมากกว่าจะทำให้เกิดความเป็นธรรม

ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยให้ความเห็นว่า ร่างกฎหมายฉบับนี้ตัดอำนาจแฟรนไชเซอร์ในการใช้ดุลพินิจในทางธุรกิจ เช่น จะตั้งร้านแฟรนไชส์มากน้อยเพียงใดในพื้นที่หนึ่งๆ และการบอกเลิกสัญญาแฟรนไชส์ที่ร่างกฎหมายกำหนดให้มีเงื่อนไขขั้นตอนที่ซับซ้อนยุ่งยากจะทำให้แฟรนไชซียังคงทำธุรกิจต่อไปได้จนกว่ากระบวนการบอกเลิกสัญญาจะแล้วเสร็จ สภาพเช่นนี้น่าจะทำให้แฟรนไชเซอร์เผชิญกับปัญหาด้านชื่อเสียงและสถานะทางการเงินได้ อย่างไรก็ตามในท้ายที่สุดร่างกฎหมายฉบับนี้ไม่ผ่านออกมาบังคับใช้เป็นกฎหมาย

ในส่วนของสมาคมของแฟรนไชซี (The American Franchisee Association – AFA) ก็เสนอ Model Responsible Franchise Practices Act เพื่อบังคับความสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชเซอร์และแฟรนไชซี โดยยกร่างมาตรฐานความเป็นธรรมเพื่อให้แฟรนไชซีใช้ในการเจรจาสัญญากับแฟรนไชเซอร์ แต่มาตรฐานดังกล่าว เน้นช่วยเหลือแฟรนไชซีมากกว่าโดยยึดแนวคำวินิจฉัยในคดี *Vylene* แต่ก็มีความเห็นแย้งว่าร่างมาตรฐานดังกล่าวส่งผลเสียต่อระบบแฟรนไชส์มากกว่าผลดี<sup>28</sup> ร่างมาตรฐานดังกล่าวจึงไม่ได้รับการยอมรับ

สถานะของหลักสุจริต (Good Faith) ในสหรัฐอเมริกาต่างจากในประเทศไทยซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และนำไปใช้กับเงื่อนไขในสัญญาได้ อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักสุจริตกับเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ในประเทศไทยอาจมีข้อจำกัดทั้งจากแนวคำวินิจฉัยของศาล และจากธรรมชาติ (Nature) ของธุรกิจแฟรนไชส์

### 3. หลักสุจริตในสัญญาแฟรนไชส์ : ข้อพิจารณาสำหรับประเทศไทย

#### (1) การปรับใช้หลักสุจริตกับสัญญาทั่วไป

ในมาตรา 5 ได้บัญญัติหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปในระบบกฎหมายไทย<sup>29</sup> มาตรฐานนี้ถือเป็นบทยุติธรรม (*jus aequum*) เป็นบทบังคับ (*jus cogens*) และเป็นบททั่วไป (*jus generale*)<sup>30</sup> ถือเป็นแก่นของระบบกฎหมาย เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยที่คู่กรณีไม่อาจตกลงยกเว้นได้ หลักสุจริตจะแทรกซึมอยู่ในทุกบทมาตราของระบบกฎหมายไทยทั้งในกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา

<sup>28</sup>Kathryn Lea Harman, *supra note* 18, p.520.

<sup>29</sup>หลักสุจริตมีที่มาจากหลักความซื่อสัตย์ และหลักความไว้วางใจตามกฎหมายเยอรมัน โปรตุเกส กิตติศักดิ์ ปรกติ, **หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 61; หลักสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้ (1) หลักสุจริตทั่วไป ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 (2) หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง เช่นที่บัญญัติไว้เรื่องลาภมิควรได้ หรือเรื่องการปลูกสร้างโรงเรือนรุกล้ำที่ดินของผู้อื่น เป็นต้น.

<sup>30</sup>กิตติศักดิ์ ปรกติ, **หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 71-77.

และกฎหมายมหาชน คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่เป็นนามธรรม ผู้ทำหน้าที่ปรับใช้จึงต้องใช้วิจารณ์ญาณและดุลพินิจปรุงแต่งให้การใช้กฎหมายหรือตีความสัญญาอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับความยุติธรรม<sup>31</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ กล่าวว่า “หลักสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ มีจุดมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่สังคม เป็นหลักกฎหมายเพื่อความยุติธรรมเป็นหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจที่ไม่อาจอธิบายให้ชัดเจนในรายละเอียดได้...”<sup>32</sup> หลักสุจริตจึงเป็นมาตรฐานนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และใช้กับทุกกรณีไม่จำกัดเฉพาะนิติกรรมสัญญาเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติในเรื่องการตีความการแสดงเจตนาที่ต้องพึงเงืงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร (มาตรา 171) และการตีความสัญญาให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย (มาตรา 368) ซึ่งการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวต้องเป็นกรณีไม่รู้ว่าคุณสัญญาเจตนาแท้จริงอย่างไร หรือตีความไม่แน่ชัดในทางใดทางหนึ่ง จึงจะนำความประสงค์ในทางสุจริตโดยคำนึงถึงปกติประเพณีมาใช้ และการปรับใช้ในตอนนี้ที่หลักสุจริตจะเข้าไป มีบทบาทในการตีความเจตนา

กล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า การตีความสัญญาเป็นเรื่องเน้นมุ่งหาเจตนาของคู่กรณีเป็นหลัก แต่การปรับใช้หลักสุจริตเน้นหาเกณฑ์มาตรฐานความประพฤติในกรณีนั้นๆ เป็นสำคัญ<sup>33</sup> มาตรฐานความประพฤตินี้เป็นมาตรฐานนิติสัมพันธ์ในระหว่างคู่กรณี ไม่ใช่มาตรฐานขั้นต่ำเหมือนกรณีมาตรฐานความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่เป็นเกณฑ์ความประพฤติขั้นต่ำที่สุดที่สังคมยอมรับได้ ดังนั้น การกระทำใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ ย่อมขัดต่อหลักสุจริต แต่การกระทำใดที่ขัดต่อหลักสุจริตไม่จำเป็นต้องขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ มาตรฐานตามหลักสุจริตจึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป<sup>34</sup>

ศาลไทยปรับใช้หลักสุจริตในการตีความ<sup>35</sup> ข้อสัญญาเสมอมา และในบางคดีการใช้หลักสุจริตอาจมีผลที่ขัดกับข้อตกลงที่ระบุชัดแจ้งในสัญญาเพื่อสร้างความเป็นธรรมในคดี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1687/2551 ศาลฎีกานำหลักสุจริตมาใช้เพื่อแก้ปัญหาค่าการใช้สิทธิอย่างไม่เป็นธรรมของโจทก์ที่ระบุไว้ในข้อสัญญา โดยศาลวินิจฉัยว่า เมื่อจำเลยผิดนัดชำระหนี้บัตรเครดิต โจทก์ก็ไม่ได้ให้จำเลยใช้บัตรเครดิตอีก พฤติการณ์แสดงว่าสัญญาบัตรเครดิตสิ้นสุดลง แต่โจทก์ก็ไม่ได้

<sup>31</sup>ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักสุจริตถูกนำมาใช้ใน 3 แนวทาง คือ (1) ใช้เพื่อเสริมให้กฎหมายหรือสัญญาสมบูรณ์ขึ้น (2) ใช้เพื่อปรุงแต่งเรื่องให้สอดคล้องกับสถานการณ์ใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป และ (3) ใช้เพื่อต่อสู้ขัดขวางการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบมาพากล โปรดดู สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 157.

<sup>32</sup>ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2519), หน้า 32-33.

<sup>33</sup>กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 83.

<sup>34</sup>กิตติศักดิ์ ปรกติ, *เรื่องเดิม*, หน้า 79-80.

<sup>35</sup>คำว่า “ตีความ” ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Interpretation” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาละติน “interpretatio” ซึ่งตามกฎหมายโรมันหมายถึง “การปรับใช้” โปรดดู ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรมสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2554), หน้า 367.

เร่งรัดฟ้องคดีและภายหลังกลับใช้สิทธิตามข้อตกลงที่จำเลยยินยอมให้โจทก์หักเงินจากบัญชีออมทรัพย์เพื่อชำระหนี้บัตรเครดิตได้ หักเงินจำนวน 6.68 บาทเพื่อชำระหนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าแม้เป็นการใช้สิทธิตามข้อตกลงแต่ก็เป็นการใช้สิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายเป็นช่องทางให้โจทก์ได้รับประโยชน์แต่ฝ่ายเดียว โดยได้ดอกเบี้ยและค่าเบี้ยปรับชำระหนี้ล่าช้าในระหว่างนั้น และเพื่อให้อายุความสะดุดหยุดลงโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่จำเลยจะได้รับยอมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและถือว่าอายุความไม่สะดุดหยุดลง<sup>36</sup>

คำพิพากษาฎีกาที่ 7217/2549 ศาลใช้หลักสุจริตประกอบการตีความสัญญาที่ไม่ได้ระบุไว้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อตกลงโดยปริยายที่คู่สัญญาต้องผูกพัน ในคดีนี้สัญญาไม่มีข้อความระบุว่า การเปิดหน้าดินเพื่อตรวจสอบความเสียหายของเสาเข็มนั้นโจทก์จะต้องดำเนินการภายในเมื่อใด ศาลเห็นว่า ยอมเป็นที่เข้าใจกันได้ (ในระหว่างโจทก์จำเลย-เพิ่มโดยผู้เขียน) ว่าจำเลยจะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่สมควร มิฉะนั้นโจทก์ที่ ตอกเสาเข็มเสร็จแล้วจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา เมื่อปรากฏว่าจำเลยไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่สมควร จึงต้องถือว่าเสาเข็มที่โจทก์ตอกเสร็จแล้วไม่เกิดความเสียหาย<sup>37</sup>

## (2) ข้อเสนอการปรับใช้หลักสุจริตกับสัญญาแฟรนไชส์

ธุรกิจแฟรนไชส์จำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับสภาพตลาด และการแข่งขันอยู่ตลอดเวลาเช่นเดียวกับธุรกิจอื่น ภาระในการปรับเปลี่ยนรูปแบบธุรกิจเป็นของแฟรนไชซอร์โดยอาศัยเงื่อนไขการให้ดุลพินิจแก่แฟรนไชซอร์จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ปัญหาคือ การให้ดุลพินิจเช่นนี้อาจเปิดช่องให้แฟรนไชซอร์บางราย เอาไว้เอาเปรียบแฟรนไชซี

การให้ศาลใช้หลักสุจริตควบคุมการใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์อาจมีความยุ่งยาก เนื่องจากศาลขาดความเชี่ยวชาญในธุรกิจนั้นๆ และการตัดหรือห้ามการใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์โดยสิ้นเชิงอาจกระทบต่อประสิทธิภาพและความอยู่รอดของธุรกิจ ผู้เขียนเห็นว่า การตีความเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ ตลอดจนการปรับใช้หลักสุจริตเพื่อคุ้มครองแฟรนไชซี รักษาความเป็นธรรม โดยยังคงสภาพความยืดหยุ่นในทางธุรกิจเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ (Workable Approach) ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า ในการปรับใช้หลักสุจริตควรแบ่งเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

### (1) เงื่อนไขที่ระบุรายละเอียดเสร็จเด็ดขาดแล้วก่อนทำสัญญา

เงื่อนไขกลุ่มนี้มีลักษณะดังนี้ (ก) หลังทำสัญญาแฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจเปลี่ยนแปลงไม่ได้

(ข) เงื่อนไขระบุรายละเอียดชัดเจน (ค) เงื่อนไขนั้นเสร็จสมบูรณ์ในตัว แฟรนไชซีไม่ต้องอาศัยหรือพึ่งพา

<sup>36</sup>โปรดดูเพิ่มเติม คำพิพากษาฎีกาที่ 4091/2549 วินิจฉัยในแนวเดียวกันว่า เมื่อจำเลยแสดงเจตนาและชวนขายจะชำระหนี้แก่โจทก์ แต่โจทก์กลับเพิกเฉย และภายหลังกลับอ้างว่าจำเลยผิดนัดชำระหนี้และให้ชำระหนี้ทั้งหมด เป็นการอาศัยสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายเป็นช่องทางให้โจทก์ได้รับประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต.

<sup>37</sup>โปรดดูเพิ่มเติม คำพิพากษาฎีกาที่ 3776/2549 วินิจฉัยในแนวเดียวกันว่า แม้สัญญาจะซื้อขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างจะไม่ได้กำหนดเวลาก่อสร้างแล้วเสร็จ แต่ผู้จะขายก็ต้องก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร.

แฟรนไชซอร์ในการปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น และ (ง) แฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีมีผลประโยชน์ที่ตรงข้ามกันในเรื่องนี้<sup>38</sup>

ตัวอย่างเงื่อนไขลักษณะนี้ได้แก่ อัตราค่าธรรมเนียมแฟรนไชส์ อัตราค่าสิทธิหรือ ค่าการตลาด อัตราดอกเบี้ยกรณีชำระหนี้ล่าช้า ค่าสำรวจสถานที่ การกำหนดให้ต้องทำประกันภัย เป็นต้น

แม้แฟรนไชซอร์เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวฝ่ายเดียว แต่แฟรนไชซีมีอิสระที่จะทำสัญญานั้นหรือไม่ก็ได้โดยแฟรนไชซอร์ไม่อาจบังคับได้<sup>39</sup> ศาลจึงควรต้องตีความให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ปรากฏชัดเจนนั้น (Express Terms) และไม่อาจใช้หลักสุจริตเปลี่ยนแปลงแก้ไขเงื่อนไขสัญญา ซึ่งเป็นไปตามแนวคำพิพากษา ศาลฎีกาที่วางหลักไว้ว่า คู่สัญญาไม่อาจขอให้ศาลตีความเงื่อนไขในสัญญาเป็นอย่างอื่นได้<sup>40</sup> ศาลต้องบังคับตามเงื่อนไขที่ระบุในสัญญานั้น<sup>41</sup> คู่สัญญาจะอ้างว่าต้องดูที่เจตนาที่แท้จริงเป็นสำคัญโดยไม่ต้องคำนึงถึงถ้อยคำในสัญญาไม่ได้<sup>42</sup> คู่สัญญาอาจขอให้ศาลตีความเงื่อนไขในสัญญาแฟรนไชส์ได้เฉพาะกรณีข้อความหรือถ้อยคำในสัญญาไม่ชัดเจน หรืออาจตีความได้เป็นสองนัย เช่น สัญญาตอนต้นระบุให้แฟรนไชซีชำระค่าสิทธิอัตราร้อยละ 5 ของยอดขายรายเดือน แต่ในส่วนต่อมาที่

<sup>38</sup>Robert W. Emerson, “Franchise Contract Clauses and the Franchisor’s Duty of Care Toward its Franchisees.” 72 *North Carolina Law Review*, 905 (April, 1994), p.928 และดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน *O’Neal v. Burger Chef System, Inc.*, 860 F.2d 1341 (6th Cir.1988).

<sup>39</sup>ก่อนทำสัญญาแฟรนไชซอร์จะไม่มีอำนาจเหนือแฟรนไชซี (Pre-contract stage) และอำนาจบังคับแฟรนไชซีภายหลังทำสัญญาก็เป็นอำนาจที่เกิดจากข้อตกลงในสัญญา โปรดดูเพิ่มเติม *Queen City Pizza, Inc. v. Domino Pizza, Inc.* 922 F.Supp. 1055 (E.D. Pa. 1996), *aff’d*, 124 F.2d 430 (3d Cir.1997).

<sup>40</sup>โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3325/2548, 641/2554, 12104/2547.

<sup>41</sup>กรณีเงื่อนไขนั้นก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบในระหว่างคู่กรณี หากไม่เป็นการได้เปรียบเสียเปรียบกันเกินสมควร ศาลย่อมต้องบังคับให้ตามเจตนาของคู่สัญญา แต่หากเงื่อนไขนั้นก่อให้เกิดฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ข้อสัญญานั้นจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา, ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด, ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ, ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร, ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา เป็นต้น (มาตรา 4) อย่างไรก็ตามในการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา การรับภาระที่หนักกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 10)

<sup>42</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 212/2491.

กำหนดเวลาชำระค่าสิทธิกลับมีข้อความระบุว่า ไม่ต้องเสียค่าสิทธิ จึงอาจเกิดข้อสงสัยว่าสัญญาแฟรนไชส์ระบุให้แฟรนไชซีต้องชำระค่าสิทธิหรือไม่ กรณีนี้ศาลจึงจะเข้ามาตีความเจตนาของคู่กรณี<sup>43</sup>

(2) เงื่อนไขทั่วไปที่ต้องให้คู่สัญญาแก่แฟรนไชซอร์

เงื่อนไขกลุ่มนี้ คือ เงื่อนไขที่ไม่อาจระบุอย่างชัดเจนในขณะที่ทำสัญญาได้ โดยต้องปล่อยให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจกำหนดในภายหลังตามเหมาะสมตามสภาพแวดล้อมทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป

ตัวอย่างของเงื่อนไขในกลุ่มนี้ ได้แก่ การกำหนดให้ต้องอบรมเพิ่มเติม การกำหนดให้ต้องซื้อสินค้าและวัตถุดิบจากแฟรนไชซอร์หรือบุคคลที่แฟรนไชซอร์กำหนด การกำหนดให้ต้องใช้หรือติดตั้งเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่กำหนด การเปลี่ยนแปลงคู่มือการทำธุรกิจ (Business Manual) เป็นต้น

ในระบบแฟรนไชส์ แฟรนไชซีทุกรายต้องทำธุรกิจในรูปแบบเดียวกันเพื่อรักษามาตรฐานของแฟรนไชส์นั้นๆ รวมถึงกรณีแฟรนไชซอร์เห็นควรปรับเปลี่ยนรูปแบบหรือเงื่อนไขธุรกิจเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจหรือสภาพการแข่งขันในตลาด แต่การให้แฟรนไชซอร์ใช้ดุลพินิจแต่ฝ่ายเดียวโดยไม่มีกฎเกณฑ์ใดกำกับอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นได้ ดังนั้น ศาลจึงควรนำหลักสุจริต (Good Faith) และควรมีเหตุผลอันสมควร (Good Cause) มากำกับการใช้ดุลพินิจของแฟรนไชซอร์ในกรณีนี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจน เช่น แฟรนไชซอร์กำหนดให้แฟรนไชซีส่งพนักงานมาฝึกอบรมเพิ่มเติมบ่อยๆ ทำให้ร้านของแฟรนไชซีขาดพนักงาน และเพิ่มต้นทุนในการดำเนินการโดยไม่จำเป็น หรือสั่งให้แฟรนไชซีส่งรายงาน (Report) ที่เกินกว่าความจำเป็น อาจถือเป็นการใช้ดุลพินิจที่ขัดต่อหลักสุจริต และปราศจากเหตุผลที่สมควร ในกรณีเช่นนี้หากแฟรนไชซีไม่ปฏิบัติตาม และแฟรนไชซอร์อาศัยเป็นเหตุเล็กหรือไม่ต่ออายุสัญญา ศาลย่อมใช้หลักสุจริตเข้าแทรกแซงอำนาจของ แฟรนไชซอร์ได้ แม้อำนาจนี้จะระบุอย่างชัดแจ้งในสัญญา (Express terms) แล้วก็ตาม

(3) เงื่อนไขที่แฟรนไชซีต้องอาศัยความไว้วางใจและพึ่งพาแฟรนไชซอร์

เงื่อนไขในกลุ่มนี้เป็นกรณีที่แฟรนไชซีจะต้องพึ่งพาการพิจารณาและตัดสินใจของแฟรนไชซอร์ เป็นหลัก เนื่องจากขาดประสบการณ์และความชำนาญในธุรกิจนั้น

ตัวอย่างของเงื่อนไขในกรณีนี้ เช่น การเลือกทำเลตั้งร้าน (Site selection) การออกแบบตกแต่งร้านแฟรนไชส์ (Layout and sign) เนื้อหาและรูปแบบการฝึกอบรม (Training of franchisee) ระดับมาตรฐานของธุรกิจ (Operational standard) หรือการทำโฆษณาประชาสัมพันธ์ หรือการทำการตลาด (Advertising)

ในกรณีเหล่านี้การตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งแฟรนไชซอร์จะต้องดำเนินการบนพื้นฐานของความไว้วางใจของแฟรนไชซีที่มีต่อตน และต้องพิจารณาตัดสินใจบนพื้นฐานผลประโยชน์ของ

<sup>43</sup>เทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3375/2549 วินิจฉัยว่า หนังสือสัญญาผู้ยืมระบุให้เสียดอกเบี้ยยั้งละ 1 บาทต่อเดือน แต่ข้อความต่อไปที่เว้นช่องว่างไว้สำหรับกรอกกำหนดเวลาชำระดอกเบี้ย กลับมีข้อความว่าไม่ต้องเสียดอกเบี้ย ถือว่าข้อความทั้งสองแห่งขัดกันและเป็นที่ยสงสัย คู่กรณีจึงนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นเจตนาที่แท้จริงได้.

แพรนไฮส์เป็นสำคัญตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Obligation) เช่น การเลือกทำเลที่ตั้งให้กับแพรนไฮส์ แพรนไฮเซอร์ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ (ภายใต้ประสบการณ์และความชำนาญของตน) เพื่อให้ร้านของแพรนไฮส์ตั้งอยู่ในทำเล ที่เป็นประโยชน์ต่อแพรนไฮส์สูงสุด และกรณีนี้อาจมีผลประโยชน์ขัดกัน เช่น แพรนไฮเซอร์ให้แพรนไฮส์เปิดร้านบนทำเลที่ตนเช่าไว้ก่อนแล้ว ทั้งที่มีทำเลอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อแพรนไฮส์มากกว่า กรณีเช่นนี้แพรนไฮเซอร์จะต้องแนะนำให้เปิดร้านในทำเลที่ดีที่สุดแม้จะขัดกับประโยชน์ของตนก็ตาม

เงื่อนไขในกลุ่มนี้เรียกร่องความเป็นมืออาชีพ (Professional) จากแพรนไฮเซอร์ให้สมกับที่แพรนไฮส์ไว้วางใจ (Trust) ดังนั้น นอกจากแพรนไฮเซอร์จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของแพรนไฮส์เป็นหลักแล้ว แพรนไฮเซอร์ยังควรเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องให้กับแพรนไฮส์ทราบ เช่น ทำเลที่ตั้งทั้งหมดที่แพรนไฮเซอร์สำรวจไว้ รายละเอียดและผลของการสำรวจ ผลเปรียบเทียบของแต่ละทำเล เหตุผลหรือปัจจัยที่แพรนไฮเซอร์เลือกทำเลนั้น เป็นต้น หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลนี้เทียบเคียงได้กับหลักสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (Utmost good faith) ที่ใช้กันแพร่หลายในสัญญาประกันภัย<sup>44</sup>

การเปิดเผยเหตุผลแก่แพรนไฮส์มิใช่เรื่องแปลกแยกหรือเป็นหลักการใหม่ในระบบธุรกิจแพรนไฮส์ เงื่อนไขบางกรณี เช่น กรณีการบริหารจัดการเงินค่าการตลาด (Marketing Fee) ที่แพรนไฮเซอร์เรียกเก็บจาก แพรนไฮส์ทุกรายเพื่อใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์เครื่องหมายการค้า ก็ถือเป็นหลักปฏิบัติทั่วไปที่แพรนไฮเซอร์จะต้องแยกเงินจำนวนนี้และเปิดเผยรายละเอียดต่อแพรนไฮส์ว่าแพรนไฮเซอร์มีแผนงานจะใช้เงินค่าการตลาดนี้ในลักษณะใด อย่างไร

#### 4. บทสรุป

การตัดสินใจในทางธุรกิจต้องคำนึงถึงปัจจัยและเงื่อนไขของตลาด สภาพเศรษฐกิจ ระดับการแข่งขัน การเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ ความต้องการและรสนิยมของผู้บริโภค งบประมาณที่เพิ่มขึ้น ระยะเวลาคืนทุน (Return of Investment-ROI) ของแพรนไฮส์ ฯลฯ อีกทั้งยังขึ้นกับประสบการณ์และความเชี่ยวชาญของแพรนไฮเซอร์ การปรับใช้หลักสุจริต (Good Faith) ภายใต้ข้อเสนอแยกประเภทเงื่อนไขในสัญญา เป็น 3 กลุ่ม และเสริมด้วยหลักการมีเหตุผลที่สมควร (Good Cause) และการเปิดเผยข้อมูลภายใต้หลักสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (Utmost Good Faith) จะทำให้การตีความและบังคับใช้เงื่อนไขในสัญญาแพรนไฮส์มีความยืดหยุ่นและให้การคุ้มครองแพรนไฮส์ได้เป็นอย่างดี โดยไม่กระทบต่อลักษณะและธรรมชาติของธุรกิจแพรนไฮส์

<sup>44</sup>หลักสุจริตเป็นอย่างยิ่งเป็นหลักที่กำหนดให้ ผู้เอาประกันภัยต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการรับประกันภัย หรือการกำหนดเบี้ยประกันภัย เนื่องจากข้อเท็จจริงเหล่านี้อยู่ในความรู้เห็นของผู้เอาประกันแต่เพียงฝ่ายเดียว (โปรดดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865) หลักนี้ใช้บังคับทั้งก่อนและหลังการเกิดสัญญาประกันภัย หลักนี้บังคับให้ต้องเปิดเผยข้อความจริง (Disclosure) และการไม่แถลงข้อความเท็จ (Non-misrepresentation) และโปรดดูเพิ่มเติมเจริญชัย อัครวิริยอนันต์, “หลักความสุจริตอย่างยิ่งในสัญญาประกันภัยทางทะเล.” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 6 3 (กุมภาพันธ์-มีนาคม 2555): 89-104.

ในระบบธุรกิจแฟรนไชส์ สัมพันธภาพที่ดีระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซีจะช่วยให้การปรับเปลี่ยนรูปแบบธุรกิจของแฟรนไชซอร์ได้รับการยอมรับจากแฟรนไชซี IFA ได้เผยแพร่แถลงการณ์เกี่ยวกับหลักการของ แฟรนไชส์ข้อหนึ่งว่า ในการทำธุรกิจแฟรนไชส์นั้นความชัดเจน (Clarity) และความโปร่งใส (Transparency) เป็นปัจจัยสำคัญที่จะสร้างสัมพันธภาพที่ดีระหว่างแฟรนไชซอร์และแฟรนไชซี ทั้งสองฝ่ายต้องมีส่วนร่วมมือกันในการกำหนดนโยบายทางธุรกิจ และการสื่อสารพูดคุยกันอย่างสม่ำเสมอจะช่วยเสริมสร้างความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างทั้งสองฝ่าย<sup>45</sup> และปัจจุบันหลายประเทศส่งเสริมให้ผู้ประกอบการแฟรนไชส์ควบคุมกันเองผ่านองค์กรหรือสมาคมของแฟรนไชซอร์ ที่อาจกำหนดเป็นธรรมเนียมหรือหลักจรรยาบรรณในทางธุรกิจ (Business Ethics) และเผยแพร่ข้อมูลแฟรนไชซอร์ที่ไม่ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าวให้สาธารณชนรับรู้ ซึ่งถือเป็นมาตรการบังคับเชิงสังคม (Social Sanction) ได้ทางหนึ่ง<sup>46</sup>

#### บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. **หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2554.
- เจริญชัย อัครพิริยอนันต์. “หลักความสุจริตอย่างยิ่งในสัญญาประกันภัยทางทะเล.” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์** 6, 3 (กุมภาพันธ์-มีนาคม 2555).
- ปรีดี เกษมทรัพย์. **กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2519).
- พีระพงษ์ กิตติเวชโกคาวัฒน์. **สถานการณ์แฟรนไชส์ไทย 2555-2556** [Online]. Available URL: [http://www.thaifranchisecenter.com/document /show.php?doculD=582](http://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?doculD=582), 2014 (กรกฎาคม, 24).
- พีระพงษ์ กิตติเวชโกคาวัฒน์. **แฟรนไชส์ยุทธการโคลนนิ่งธุรกิจ**. กรุงเทพมหานคร: บริษัทแฟรนเน็ก จำกัด, 2557.
- ศันันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายนิติกรรมสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2554.

<sup>45</sup>IFA, **Statement of Guiding Principles**, [Online], available URL: <http://www.franchise.org/STATEMENT OFGUIDINGPRINCIPLES.aspx>, 2014 (August, 13).

<sup>46</sup>โปรดดู Norman D. Bishara, Cindy A. Schipani, “A Corporate Governance Perspective on the Franchisor-Franchisee Relationship.” 19 **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, 303 (Spring 2014) ซึ่งให้ความเห็นว่าการเพิ่มเติมหน้าที่ของแฟรนไชซอร์ในการเปิดเผยข้อมูลแก่แฟรนไชซีก่อนทำสัญญาอาจไม่ใช่แนวทางที่ถูกต้อง และเสนอว่าควรจะเน้นให้องค์กรธุรกิจด้านแฟรนไชส์เพิ่มกลไกในการควบคุมกันเอง (Self-regulatory approach) และยังให้ความเห็นว่าบทบาทศาลในการปรับใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) กับธุรกิจแฟรนไชส์นั้นเป็นสิ่งที่ละเอียดอ่อนและต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากสัญญาแฟรนไชส์จะสร้างความสัมพันธ์ที่ยาวนาน.



- สมชาย รัตนเชื้อสกุล. **พลิกกฎหมายเป็นกลยุทธ์ในธุรกิจแฟรนไชส์**. กรุงเทพมหานคร: เอ อาร์บิสิเนสเพรส, 2546.
- สมยศ เชื้อไทย. **ความรู้กฎหมายทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- Carvel Corp. v. Diversified Management Group, Inc.* 930 F.2d 228 (2d Cir.1991).
- Corenswet, Inc. v. Amana Refrigeration, Inc.* 594 F.2d 129 (5<sup>th</sup> Cir. 1979).
- Domed Stadium Hotel, Inc. v. Holiday Inns, Inc.* 732 F.2d 480 (5<sup>th</sup> Cir.1984).
- Dunkin' Donut of America, Inc. v. Minerva, Inc.*, 956 F.2d 1566 (11<sup>th</sup> Cir.1992).
- IFA. **Statement of Guiding Principles**. [Online]. Available URL: <http://www.franchise.org/STATEMENTOFGUIDINGPRINCIPLES.aspx>, 2014 (August, 13).
- International Franchise Association. [Online]. Available URL: <http://www.buildingopportunity.com/impact/index.aspx>, 2014 (July, 25).
- Massey v. Tandy Corp.* 987 F.2d 1307(8th Cir.1993).
- McDonald's Corp. v. Watson*, 69 F.3d 36 (5<sup>th</sup> Cir. 1995).
- Minority and Franchising: Hearing before the Committee on Small Business, 102D Cong., 9 (1991).
- Photovest Corp. v. Fotomat Corp.* 606 F.2d 704 (7<sup>th</sup> Cir. 1979).
- Emerson, Robert W. "Franchise Terminations: Legal Rights and Practical Effects When Franchisees Claim the Franchisor Discriminates", 35 **AMB. L.J.**, 559 Note 29.
- Pitegoff, Thomas M. "Franchise Relationship Laws: A Minefield for Franchisor," 45 **BUS. LAW**, 289, 309 (1989).
- Warren Pengilly. "International Franchising Arrangements and Problems in Their Negotiation." 7 **Northwestern Journal of International Law & Business**, 185 (1985-1986).

มาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน\*  
MEASURES IN TRADE SECRET PROTECTION OF EMPLOYERS IN  
ACCORDANCE WITH SERVICE CONTRACTS

สาตน์นิธิ งานประดับ\*\*

Saniti Janpardub

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายความลับทางการค้าของนายจ้างและลูกจ้าง เนื่องจากกฎหมายให้ความคุ้มครองเจ้าของความลับทางการค้า มิได้บัญญัติให้มีแนวทางใดที่เป็นบทบัญญัติให้นายจ้างทำสัญญาในการป้องกันความลับทางการค้าของนายจ้างไว้ เพราะนายจ้างส่วนใหญ่มีความจำเป็นที่จะต้องให้ลูกจ้างของตนใช้ความลับทางการค้านั้นเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ ซึ่งแนวทางที่เป็นมาตรฐานจึงมีความสำคัญอย่างมากที่จะต้องนำมาพิจารณา เช่น ในกรณีที่มีคดีขึ้นสู่ศาล อย่างไรก็ตามจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับทางการค้า ตามคำนิยามในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 อีกทั้งข้อต่อสู้ในสิทธิของลูกจ้างที่จะเป็นเจ้าของความลับทางการค้า เนื่องด้วยการจ้างแรงงานที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า รวมถึงองค์กรหรือผู้มีอำนาจตรวจสอบสัญญาจ้างแรงงานที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าหรือสัญญารักษาความลับทางการค้า ซึ่งข้อตกลงในสัญญาเกี่ยวกับความลับทางการค้านี้เป็นเรื่องเฉพาะแตกต่างจากสัญญาชนิดอื่น ตามที่พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 21 บัญญัติให้คณะกรรมการความลับทางการค้า มีเพียงอำนาจเสนอความเห็นมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้า หากบัญญัติกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการความลับทางการค้าจะทำให้มาตรการรักษาความลับมีประสิทธิภาพมากขึ้น

Abstract

In this thesis, the researcher examines problems concerning the law of trade secrets as applied to employers and employees. The researcher found that the law protects the owner of trade secrets, but it is devoid of provisions governing the making of contracts between employers and employees involving the safeguarding of employer is

\*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง มาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน.

\*\*นักศึกษาระดับปริญญาโทตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

trade secrets. Most employers find it necessary to allow their employees access to trade secrets for business needs. As such, it is very important to develop standardized ways of handling this state of affairs. In considering relevant court cases, the researcher found that appropriate measures for securing trade secrets in the aforementioned circumstances must be pursuant to the definition given in Section 3 of the Trade Secrets Act, B.E. 2545 (2002). The employee's right to own trade secret can be defended by service contracts governing trade secrets. There is an organization authorized to inspect service contracts involving trade secrets or contracts safeguarding trade secrets. Contractual agreements in regard to trade secrets differ from other contractual agreements. Section 21 of the Trade Secrets Act, B.E. 2545 (2002) prescribes that the Trade Secrets Board is only authorized to present opinions concerning measures pursuant to trade secret protection. If the law is amended whereby the Trade Secrets Board is given greater authority, then measures affecting the safeguarding of trade secrets will become more efficient.

**คำสำคัญ :** ความลับทางการค้า มาตรการ สัญญาป้องกัน

**Keywords :** Trade Secrets, Measures, Contracts Safeguarding

## 1. บทนำ

ก่อนที่ประเทศไทยจะมีการบัญญัติพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 นั้น ในอดีตได้มีการให้ความคุ้มครองความลับตามประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 11 หมวด 2 ว่าด้วยความผิดฐานเปิดเผยความลับ และในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องละเมิดเท่านั้น จึงยังไม่มีประสิทธิภาพอย่างสมบูรณ์และไม่ครอบคลุมถึงสิทธิในความลับทางอุตสาหกรรม ตลอดจนสิทธิในความลับทางธุรกิจอันเป็นส่วนหนึ่งของความลับทางการค้า<sup>1</sup> จนกระทั่งเมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามความตกลงมาร์ราเกซ เมื่อวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 ประเทศไทยจึงมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในความตกลงดังกล่าว ตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs) เป็นความตกลงที่สรุปผลในรอบอุรุกวัยของสมาชิก 125 ประเทศ โดยผลการเจรจาได้ให้ทั้งสิทธิประโยชน์ และได้สร้างพันธกรณีแก่สมาชิก เช่นเดียวกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศทั่วไป เมื่อทุกประเทศปฏิบัติตามพันธกรณีมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยกำหนดระดับของการคุ้มครอง

<sup>1</sup>ประสพสุข บุญเดช, “กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย,” **บทบัญญัติ** 58 (ธันวาคม 2545): 7-8.

ขั้นพื้นฐานไว้เป็นมาตรฐานสากล ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องให้ความคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งความลับทางการค้าและข้อมูลอื่นๆ ที่ถือเป็นข้อมูลที่ไม่ได้ถูกเปิดเผย ซึ่งมีมูลค่าในเชิงพาณิชย์จะถูกปกป้องจากการละเมิดสิทธิและพฤติกรรมอื่นใดที่ไม่ซื่อสัตย์และไม่เป็นธรรม ซึ่งอยู่ในหมวดที่ 7 เกี่ยวกับการคุ้มครองข้อสนเทศที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information) ข้อที่ 39<sup>2</sup> ซึ่งประเทศไทยได้อนุมัติการมาสู่กฎหมายภายในประเทศตามความตกลงดังกล่าว คือ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ณ วันที่ 12 เมษายน พ.ศ. 2545 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2545 ประเทศไทยได้มีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ในเรื่องสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการ ลิขสิทธิ์ และสิทธิเกี่ยวเนื่องการออกแบบบรรจุรวม สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ความลับทางการค้า การออกแบบ อุตสาหกรรม รวมทั้งได้กำหนดให้ใช้กระบวนการระดับข้อพิพาทในองค์การการค้าโลกและกฎระเบียบในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ ภายหลังแม้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 จะมีผลบังคับใช้แล้วก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายพิเศษ (*Sui Generis*) จึงไม่เป็นการยกเลิกความผิดฐานเปิดเผยความลับของผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามิบบัญญัติ ในมาตรา 323 ถึง มาตรา 324 โดยให้ความคุ้มครองความลับทางการค้า รวมถึงความลับในทางแพ่งในเรื่องสัญญาและละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีเจ้าของสิทธิในความลับทางการค้าได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายก็มีสิทธิฟ้องคดี ในข้อหาหรือฐานความผิดที่เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด<sup>3</sup>

พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 นั้น ให้ความคุ้มครองข้อมูลทางการค้า ซึ่งยังไม่เป็นที่ รู้กันโดยทั่วไปหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคล และข้อมูลดังกล่าวมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยจะต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับต่อไป<sup>4</sup> เจ้าของความลับทางการค้า<sup>5</sup> จึงเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดในข้อมูลความลับทางการค้า ซึ่งตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มิได้บัญญัติสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับกรณีการจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง เช่นนี้ยังคงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าสิทธิและหน้าที่ของนายจ้าง ลูกจ้าง ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันอันเกี่ยวข้องด้วยความลับทางการค้า<sup>6</sup> ซึ่งนายจ้างจะมีมาตรการอย่างไร จึงจะเหมาะสมในการรักษาความลับทางการค้า เนื่องด้วยสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันที่มีการจ้างแรงงาน นายจ้างมีความจำเป็นต้องเปิดเผยความลับทางการค้าให้ลูกจ้างทราบเพื่อประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจ โดยพื้นฐานคำนิยามของนายจ้างและลูกจ้าง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หน้าที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ต้องปฏิบัติ เพื่อ

<sup>2</sup>กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, *กฎเกณฑ์การค้าภายใต้องค์การการค้าโลก* [Online], available URL: <http://www.moc.go.th/thai/dbe/pr/wto.html#1,2556> (มีนาคม, 3).

<sup>3</sup>ประสพสุข บุญเดช, เรื่องเดิม, หน้า 7.

<sup>4</sup>พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545, มาตรา 3.

<sup>5</sup>เรื่องเดียวกัน, มาตรา 3.

<sup>6</sup>เรื่องเดียวกัน, มาตรา 5.

ผลประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งอาจเกิดขึ้นในกรณี เช่น นายจ้างกับลูกจ้าง แพทย์กับผู้ป่วย นอกจากหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แล้วยังมีความสัมพันธ์ได้รับการไว้วางใจเป็นเหตุให้เกิดหน้าที่ในการรักษาความลับ ซึ่งนำมาสู่การศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ มีหลักการว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจ (The Law Of Breach of Confidence) โดยถือว่าหน้าที่ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างดังกล่าว อาจเกิดขึ้นด้วยข้อตกลงที่ได้แสดงออกมาอย่างชัดเจน (Express Agreement) หรือการบอกกล่าวล่วงหน้า (Prior Notice) หรืออาจเป็นการบอกกล่าวโดยปริยายตามกฎหมายก็ได้ (Be Implied By Law) ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรม โดยนำหลักการว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจไปบังคับใช้เพื่อคุ้มครองข้อมูลความลับ ในความคุ้มครองตามหลักการว่าด้วยการละเมิดความไว้วางใจมีขอบเขตที่กว้าง จึงหมายถึงข้อมูลทุกประเภทของข้อมูลทางการค้ารวมไปถึงข้อมูลทางราชการด้วย<sup>7</sup> เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างนั้นอยู่บนพื้นฐาน ในการที่ลูกจ้างได้รับความไว้วางใจจากนายจ้าง โดยให้เข้าถึงข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าโดยตรงกับหลักสุจริต (Good Faith) ที่ปรากฏในกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 242 และฝรั่งเศสอยู่ในมาตรา 1134 คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมันที่เขียนเป็นภาษาลาติน ว่า *Bona Fides* คือ ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ซึ่งถือว่าเป็นความเชื่อที่แต่ละฝ่ายจะต้องมีต่อกันและกัน<sup>8</sup> ซึ่งในประเทศไทยมีอยู่ในหลักกฎหมายทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5<sup>9</sup>

ในกรณีที่ลูกจ้างกระทำละเมิดโดยนำข้อมูลอันเป็นความลับนั้นไปใช้ประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมทำให้ธุรกิจของนายจ้างได้รับความเสียหายอย่างมาก เนื่องจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เพียงแต่วางหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองข้อมูลทางธุรกิจที่ยังไม่ถูกเปิดเผยและยังไม่มีข้อกำหนดที่ชัดเจนในมาตรการที่เป็นบรรทัดฐานในการรักษาความลับทางการค้า ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายระหว่างนายจ้างและลูกจ้างที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าในสัญญาจ้างแรงงาน รวมถึงปัญหาที่เกิดขึ้นขณะที่ยังมีการจ้างแรงงานอยู่หรือหลังจากที่ลูกจ้างได้ลาออก โดยอาจจะมีการถูกจ้างแรงงานโดยนายจ้างคนใหม่ ซึ่งได้รับตำแหน่งงานในลักษณะที่คล้ายคลึงกับงานเดิม ลูกจ้างอาจมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ข้อมูลหรือเทคนิค อันเป็นความลับทางการค้าของนายจ้างเดิม หรือจากความรู้และประสบการณ์ที่ลูกจ้างได้ปฏิบัติงานมา นายจ้างจึงต้องมีมาตรการป้องกันความลับทางการค้าของตนให้ยังคงเป็นข้อมูลความลับทางการค้าอย่างไร ซึ่งยังคงเป็นปัญหาที่จะต้องได้รับการป้องกันที่มีมาตรฐานในการรักษาความลับทางการค้าต่อไป

<sup>7</sup>ไชยยศ เหมะรัชตะ, *ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา*, ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 391.

<sup>8</sup>คาราพร ธีระวัฒน์, *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 58.

<sup>9</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 5.

## 2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้า

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทยมีหลักกฎหมายที่สำคัญคือ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ในการคุ้มครองสิ่งที่ดีว่าเป็นความลับทางการค้า ซึ่งข้อมูลการค้านั้นต้องเป็น “ความลับ” ที่มีได้ล่วงรู้เป็นการทั่วไปหรือยังเข้าถึงไม่ได้ในหมู่บุคคล โดยทั่วไปแล้วต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลดังกล่าว และข้อมูลการค้านั้นมีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เนื่องจากเป็นความลับและเป็นข้อมูลที่เจ้าของความลับทางการค้าได้ใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อรักษาไว้เป็นความลับ<sup>10</sup> การคุ้มครองสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าในการที่จะกระทำการอย่างใดแก่ข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าของตน ซึ่งเจ้าของความลับทางการค้าย่อมมีสิทธิเด็ดขาดในการเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า อนุญาตให้ผู้อื่นเปิดเผย เอาไป หรือใช้ซึ่งความลับทางการค้า<sup>11</sup> ข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดความลับทางการค้า จะต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยไม่รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้า ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่บุคคลผู้เปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้าของผู้อื่นได้ความลับนั้นมาโดยนิติกรรมและบุคคลดังกล่าวไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่า คู่สัญญาผู้โอนความลับทางการค้าให้นั้นได้ความลับนั้นมาโดยการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อื่น<sup>12</sup> แต่ทั้งนี้แล้วก็มีข้อยกเว้นการคุ้มครองการได้ความลับทางการค้ามาโดยการกระทำทางการค้าโดยชอบด้วยกฎหมาย (In the Course of a Legitimate Trade Activity) และบุคคลผู้ได้ความลับทางการค้านั้นมาโดยใช้วิธีการที่สุจริต (Dishonest Means) หรือมิได้ประมาทเลินเล่อโดยไม่ระมัดระวังถึงความไม่สุจริตโดยการเปิดเผยหรือใช้ความลับทางการค้า ซึ่งหน่วยงานของรัฐจะดูแลรักษาความลับนั้นในกรณีจำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยหรือความปลอดภัยของสาธารณชน และกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่ได้ความลับนั้นไปได้ดำเนินตามขั้นตอนเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าดังกล่าวจากการนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งจากการกระทำนี้จะต้องเป็นการกระทำของหน่วยงานของรัฐมิใช่หน่วยงานเอกชน และหน่วยงานของรัฐนั้นต้องมีหน้าที่ดูแลรักษาความลับทางการค้า อีกประการหนึ่งข้อยกเว้นว่าการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดความลับทางการค้าในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 คือ การค้นพบโดยอิสระ (Independent Invention) ซึ่งได้แก่ การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยผู้ค้นพบได้ใช้วิธีการประดิษฐ์หรือจัดทำขึ้นด้วยความรู้ความชำนาญของผู้ค้นพบนั้นเอง หรือการทำวิศวกรรมย้อนกลับ (Reverse Engineer) ซึ่งได้แก่ การค้นพบความลับทางการค้าของผู้อื่น โดยผู้ค้นพบได้ทำการประเมินและศึกษาวิเคราะห์ผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป เพื่อค้นคว้าหาวิธีที่ผลิตภัณฑ์นั้นได้รับการประดิษฐ์

<sup>10</sup>พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545, มาตรา 3.

<sup>11</sup>เรื่องเดียวกัน, มาตรา 5.

<sup>12</sup>เรื่องเดียวกัน, มาตรา 7.

จัดทำ หรือพัฒนา แต่ทั้งนี้บุคคลซึ่งทำการประเมิน และศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าวจะต้องได้ผลิตภัณฑ์เช่น  
ว่านั้นมาโดยวิธีที่สุจริตจึงย่อมไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้าและไม่มีคามผิด<sup>13</sup>

ในส่วนกฎหมายความลับทางการค้าของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าอันเป็น  
กฎหมายที่มีความชัดเจนในเรื่องการคุ้มครองความลับทางการค้า คือ ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งระยะแรก  
ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเอากฎหมายทางการค้ามาจากประเทศอังกฤษ โดยนำคำพิพากษาของศาล  
มาเป็นแนวทางในการพิพากษาวินิจฉัยคดีและให้ความยุติธรรมแก่คดีความลับทางการค้า ภายหลังกอง  
ต่างๆ และศาลรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนาคดีเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองต่อ  
ข้อมูลอันเป็นความลับ<sup>14</sup> ต่อมาจึงมีหลักกฎหมายที่คุ้มครองข้อมูลความลับทางการค้า ได้แก่  
พระราชบัญญัติความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secrets Act 1985: UTSA) ในมลรัฐของ  
สหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ที่ได้ให้ความคุ้มครองกับความลับทางการค้าโดยไม่ต้องจดทะเบียนหรือทำการ  
จดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่สำหรับในบางมลรัฐที่ให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์จะ  
คุ้มครองกับข้อมูลที่เป็นความลับโดยสัญญา คือ สัญญาไม่เปิดเผยข้อมูล (Non-Disclosure Agreement)  
หรือข้อตกลงไม่เปิดเผยข้อมูล โดยความสัมพันธ์ระหว่างพนักงาน ผู้จำหน่าย ลูกจ้าง และตัวแทน  
ผู้จำหน่ายที่ต้องซื่อสัตย์ ความหมายของความลับทางการค้า (Definition of a Trade Secret) และ  
พระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act 1996: EEA) เป็น  
กฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองความลับทางการค้า ทั้งกำหนดโทษทางอาญาไว้ด้วย ความลับ  
ทางการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่เจ้าของเก็บรักษาและมีมาตรการในการรักษา  
ความลับ ทั้งยังเป็นข้อมูลที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ (Economic Value) ครอบคลุมทั้งยังเป็นความลับอยู่  
เช่น มีข้อสัญญาห้ามเปิดเผยความลับทางการค้า (Non-Disclosure and Confidentiality Agreement)  
ข้อสัญญาห้ามแข่งขัน (Non-Compete Agreement) การกำหนดชั้นความลับการกำหนดรหัสผ่าน  
ตลอดจนมีโปรแกรมป้องกันการลักข้อมูล (Password and Firewall)<sup>15</sup>

กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในสาธารณรัฐประชาชนจีน<sup>16</sup> เป็นกฎหมาย  
ที่มุ่งเน้นคุ้มครองข้อมูลที่เป็นความลับทางการค้าของเจ้าของความลับทางการค้า และมาตรการทาง

<sup>13</sup> ปภาศรี บัวสุวรรณค์, “การคุ้มครองความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545,”  
วารสารร่มไทรทอง 12 (ธันวาคม 2545 – มกราคม 2546): 27-36.

<sup>14</sup> พีรพล ศรีสิงห์, “การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต,  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 13.

<sup>15</sup> สุรุจ กิจกุลศ, “หลัก Inevitable Disclosure: บทเรียนจากประเทศสหรัฐอเมริกา (Inevitable Disclose  
Doctrine: Experience From USA),” วารสาร BU Academic Review 2, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2546): 129-130.

<sup>16</sup> กระทรวงพาณิชย์, สำนักงานยุทธศาสตร์การพาณิชย์, China Enterprise Classical Law Case  
Report [Online], available URL: [http://www.chineselawclinic.moc.go.th/info/info\\_detail.php?idcont=9&idcontsub=540,2556](http://www.chineselawclinic.moc.go.th/info/info_detail.php?idcont=9&idcontsub=540,2556) (กุมภาพันธ์, 24).

กายภาพที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองข้อมูลภายในองค์กรต่างๆ คือ กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (The Law of the People's Republic of China Against Unfair Competition 1993) และประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Law) รวมถึงกฎระเบียบเกี่ยวกับการห้ามการกระทำการอันเป็นการละเมิดความลับทางการค้า (Regulations Concerning the Prohibition of Acts of Infringement of Trade Secrets) ในการห้ามการกระทำการอันเป็นการละเมิดความลับทางการค้าของจีนนั้น มีการกำหนดถึงการรักษาสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า กฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม<sup>17</sup> ที่มีสาระสำคัญที่ให้เจ้าของความลับทางการค้าต้องใช้มาตรการในการเก็บรักษาความลับทางการค้า เช่นเดียวกับกฎหมายความลับทางการค้าของสหรัฐอเมริกา

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า กฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐประชาชนจีนให้ความสำคัญในการคุ้มครองความลับทางการค้าอย่างมาก เนื่องจากประเทศเหล่านี้มีการเจริญเติบโตของธุรกิจและอุตสาหกรรมอย่างกว้างขวางจึงบัญญัติกฎหมายที่มีความชัดเจนในการคุ้มครองข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้า เพื่อเป็นมาตรฐานให้มีมาตรการรักษาความลับที่ผู้เป็นนายจ้างจะต้องกระทำ เพื่อรักษาให้ข้อมูลนั้นให้ยังคงเป็นความลับต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความลับทางการค้าของทั้ง 2 ประเทศนี้ นอกจากจะมีกฎหมายที่บัญญัติให้นายจ้างต้องปฏิบัติตามอย่างชัดเจนแล้ว ยังถือว่าเป็นมาตรการที่สำคัญที่ประเทศไทยจะนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไข เพิ่มเติม พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

### 3. วิเคราะห์มาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน

กฎหมายความลับทางการค้า แม้จะมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าและสิทธิในความลับทางการค้าแก่เจ้าของความลับทางการค้าแล้วก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมไปถึงมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าของนายจ้าง รวมถึงสิทธิระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเกี่ยวกับความลับทางการค้าอย่างชัดเจน ทำให้นายจ้างอาจละเลยต่อการใช้บังคับและควบคุมการเข้าถึงความลับทางการค้า เมื่อเกิดการละเมิดความลับทางการค้า แม้นายจ้างจะได้รับการเยียวยาตามกฎหมาย แต่ตามความเป็นจริงความเสียหายนั้นอาจไม่เพียงพอแก่ธุรกิจของนายจ้าง ฉะนั้นการ รักษาความลับทางการค้าจึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง จึงนำมาสู่ประเด็นปัญหา ดังนี้

#### 3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้าตามสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง

การคุ้มครองความลับทางการค้าตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 นั้น ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนในการคุ้มครองความลับทางการค้ามิให้ถูกเปิดเผย และมาตรการควบคุมความลับทางการค้าตามสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง เนื่องจากการจ้างแรงงานที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าของนายจ้าง ซึ่งนายจ้างมีความจำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลอันเป็น

<sup>17</sup>The Law of the People's Republic of China Against Unfair Competition 1993, Article 10.



ความลับทางการค้าเพื่อให้ลูกจ้างทำงานตามทางการที่จ้าง โดยลูกจ้างต้องรักษาความลับทางการค้าและไม่เปิดเผย เอาไป หรือใช้ประโยชน์จากข้อมูลความลับนั้นเพื่อตนเองหรือบุคคลอื่น นอกจากนี้นายจ้างต้องมีมาตรการที่ชัดเจน โดยการทำสัญญาหรือมีข้อตกลงเกี่ยวกับการรักษาความลับทางการค้าระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง เพื่อเป็นมาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันความลับทางการค้าที่มีรายละเอียดอันเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับทางการค้าที่ลูกจ้างจะต้องทราบ

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ตามพระราชบัญญัติการจารกรรมทางเศรษฐกิจ (The Economic Espionage Act 1996: EEA) เป็นหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองความลับทางการค้าโดยเจ้าของความลับทางการค้าจะต้องมีมาตรการในการรักษาความลับระหว่างเจ้าของความลับทางการค้ากับบุคลากรในบริษัท ที่มีหน้าที่เข้าถึงข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้า คือ ข้อสัญญาห้ามเปิดเผยความลับทางการค้า (Non-Disclosure and Confidentiality Agreement) ส่วนกรณีขณะที่การจ้างแรงงานยังคงมีอยู่หรือสิ้นสุดลง นายจ้างและลูกจ้างทำสัญญาห้ามแข่งขัน (Non-Compete Agreement) ซึ่งเกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า เนื่องจากเจ้าของความลับทางการค้าและบุคคลซึ่งมีการใช้หรือถ่ายทอดความลับทางการค้านั้น อาจจะเป็นสัญญาจ้างหรือข้อตกลงใบอนุญาตและสัญญาจ้างผลิตสินค้า สัญญาว่าจ้างแรงงาน สัญญาสำหรับการทำงาน ร่วมทุนหรือสัญญาหุ้นส่วน ข้อตกลงการรักษาความลับอาจจะเป็นกรณีที่แยกต่างหาก ทำให้ลูกจ้างมีหน้าที่ ที่จะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับ ซึ่งเกิดจากภาระผูกพันตามสัญญา (Contractual Obligation)<sup>18</sup>

นอกจากนี้ การพิจารณาคดีของศาลตามหลักบรรทัดฐานจากคำพิพากษาคดี โดยการกำหนดข้อตกลง ที่มีพื้นฐานจากหลักการเปิดเผยที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (Inevitable Disclosure Doctrine) แสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติความลับทางการค้า (The Uniform Trade Secrets Act) ในมลรัฐของสหรัฐอเมริกามีการกำหนดมาตรการอย่างชัดเจน ให้เจ้าของความลับทางการค้าจะต้องรักษาความลับทางการค้าโดยมาตรการของสัญญา ซึ่งสัญญาอาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกัน แต่ในข้อตกลง เช่นว่านั้นจะต้องเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งความสัมพันธ์ของคู่สัญญา คือ นายจ้างและลูกจ้าง เช่นนี้ทำให้บริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา มีตัวอย่างข้อตกลงในสัญญาไม่เปิดเผยข้อมูล (Non-Disclosure Agreement)<sup>19</sup> เนื่องจากการให้ความสำคัญของมาตรการรักษาความลับ นอกจากจะป้องกันความลับทางการค้าของนายจ้างมิให้ลูกจ้างเปิดเผยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังรวมถึงการได้มาโดยวิธีการอันไม่ชอบธรรมหรือโดยใช้วิธีการที่ไม่เหมาะสม เช่น การขโมย จารกรรม การผิดสัญญาในการรักษาความลับ พฤติกรรมที่กระทำต่อความลับทางการค้าของบุคคลอื่นโดยบุคคลผู้ซึ่งรู้ หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าความลับทางการค้านั้นได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือภายใต้สภาวะการณใดๆ ที่ก่อให้เกิด

<sup>18</sup>Francois Dessemontet, **Protection of Trade Secrets and Confidential Information** [Online], available URL: <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Protection%20Trade%20Secrets.pdf>, 2013 (August, 14).

<sup>19</sup>The Uniform Trade Secrets Act, Section 1.

หน้าที่ที่ตนจะต้องรักษาความลับทางการค้า ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้เจ้าของความลับทางการค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าของความลับทางการค้าที่เป็นนายจ้าง ก็เพื่อให้เป็นมาตรการในการรักษาความลับทางการค้าที่ชัดเจน

สำหรับกฎหมายการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (The Law of the People's Republic of China Against Unfair Competition 1993) ของประเทศจีน มีการกำหนดหลักเกณฑ์การรักษาสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้า โดยมีสาระสำคัญที่ให้เจ้าของความลับทางการค้าจะต้องใช้มาตรการในการเก็บรักษาความลับทางการค้า ได้แก่ การจำกัดการเข้าถึงข้อมูลความลับทางการค้าของลูกค้า การเปิดเผยข้อมูลความลับทางการค้าทั้งหมดหรือบางส่วน กรณีเฉพาะลูกค้าเท่าที่จำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสมเท่านั้น รวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับห้ามมิให้ผู้ประกอบการกระทำการใดๆ เป็นอันละเมิดความลับทางการค้า เช่น ในการขโมยความลับทางการค้าจากบุคคลผู้เปรียบเสมือนเป็นเจ้าของที่มีสิทธิเรียกร้องอย่างใดๆ โดยการข่มขู่หรือด้วยวิธีการไม่เป็นธรรมอื่นๆ หรือการเปิดเผย การใช้หรือการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ความลับทางการค้าที่ได้จากการกระทำอันมิชอบ หรือการใช้หรือเปิดเผยความลับทางการค้าของผู้อื่นโดยบุคคลที่สามโดยรู้หรือควรจะรู้ กรณีนี้เป็นการตกอยู่ภายใต้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย การบัญญัติกฎหมายลักษณะนี้ทำให้มีความชัดเจนของมาตรการรักษาความลับทางการค้า เป็นแนวทางให้เจ้าของความลับทางการค้ามีมาตรการป้องกันความลับทางการค้าให้ยังคงเป็นความลับทางการค้าต่อไป

แต่อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีข้อตกลงเช่นว่านี้ ในสัญญาไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรนั้น ก็เพื่อให้คู่สัญญาได้ตระหนักถึงภาระหน้าที่ที่จะต้องรักษาความลับทางการค้า ที่จะดูแลเสมือนการรักษาความลับของตนเอง โดยเป็นมาตรการที่นายจ้างพึงต้องกระทำในเบื้องต้นก่อนที่จะมีการจ้างแรงงานหรือ แม้ขณะที่ลูกจ้างยังคงทำงานให้นายจ้างอยู่ก็ตาม และที่สำคัญอย่างยิ่งมาตรการรักษาความลับทางการค้ายังเป็นหลักฐาน เป็นหนังสือที่สำคัญในการพิสูจน์ว่าเจ้าของความลับทางการค้าหรือนายจ้าง ได้มีมาตรการอย่างเหมาะสมแล้วตามกฎหมายความลับทางการค้า

### 3.2 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการได้มาซึ่งความลับทางการค้าของลูกค้าจากการจ้างแรงงาน

กฎหมายความลับทางการค้ามิได้บัญญัติคำนิยามที่หมายความรวมถึงเจ้าของความลับทางการค้าในฐานะลูกค้า ย่อมทำให้เกิดปัญหาในการใช้บังคับกฎหมายและการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งหากมิได้บัญญัติกฎหมายลักษณะเช่นนี้ สิทธิของลูกค้าที่จะได้รับความคุ้มครองในความลับทางการค้าก็อาจทำให้ผู้เป็นนายจ้างใช้ประโยชน์ในประเด็นข้อนี้เอาเปรียบได้หรือกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ลูกค้าโดยที่ไม่ได้รับความยินยอม เพราะเหตุที่ลูกค้ามีอำนาจต่อรองทางข้อสัญญาที่น้อยกว่านายจ้าง

ในกรณีของความลับทางการค้าซึ่งส่วนใหญ่เป็นไปไม่ได้ที่นายจ้างจะใช้ความลับทางการค้าของตนเองทั้งหมด นายจ้างย่อมต้องสรรหาลูกจ้างที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ให้เหมาะสมกับการทำงาน เนื่องด้วยความลับทางการค้าที่เป็นข้อมูลของลูกค้านั้นติดตัวลูกจ้างมา สิทธิในความลับ

ทางการค้าย่อมเป็นของลูกจ้างการที่นายจ้างจะจ้างแรงงานลูกจ้างเพื่อหวังข้อมูลความลับทางการค้าโดยใช้ทักษะและเทคนิคการทำงานนั้น ต้องให้ความสมดุลระหว่างสิทธิในความลับทางการค้าของลูกจ้างเพื่อประโยชน์แก่นายจ้างกับการประกอบอาชีพในอนาคตของลูกจ้างด้วย

การคุ้มครองความลับทางการค้าของลูกจ้างนั้นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความรู้ทักษะ และประสบการณ์ของลูกจ้าง จึงมีดังนี้<sup>20</sup>

1. ความรู้ทั่วไป (General Knowledge and Skill) ความรู้ทั่วไปที่ไม่ได้รับความคุ้มครองให้เป็นความลับทางการค้า (Unprotectable Information) ซึ่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดตาม The Restatement of Torts และการให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าตาม Uniform Trade Secrets Act (UTSA) ที่กล่าวถึงการละเมิดในส่วนที่เป็นความรู้ทั่วไป (General Knowledge) และมีประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาข้อมูลที่เกี่ยวข้องว่าเป็นความลับทางการค้าจะต้องคำนึงถึงขอบเขตของข้อมูลความรู้ที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไป แต่ก็ยังไม่มีคำนิยามที่ชัดเจนของความรู้ทั่วไปนี้ จึงทำให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กับคดีบางคดีและอาจเกิดความไม่เป็นธรรมได้

2. ความรู้ที่เป็นทักษะเฉพาะ (Specialized Knowledge) เป็นขอบเขตของความรู้ที่ได้รับการคุ้มครอง เมื่อลูกจ้างได้ใช้ประโยชน์จากความรู้และทักษะเหล่านั้นอาจเกิดขึ้นก่อนหรือขณะการจ้างแรงงานก็ได้ แต่ความรู้ที่เป็นทักษะเฉพาะจะต้องเป็นกรณี นอกจากข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าของนายจ้าง เช่น คดี *Advanced Technology Laboratories V. Siemens Medical Systems Inc.*<sup>21</sup> เป็นคดีที่เกี่ยวกับความลับทางการค้า ระหว่างผู้ผลิตอุปกรณ์การวินิจฉัยอัลตราซาวนด์ที่เป็นเทคโนโลยีขั้นสูง (Advanced Technology Laboratories) แม้การออกแบบอุปกรณ์จะมาจากความรู้ ความชำนาญ ที่เป็นทักษะเฉพาะตัวของลูกจ้างก็ตาม การพิจารณาคดีของศาลจึงต้องพิจารณาถึงความรู้ ความชำนาญของตัวลูกจ้าง โดยแยกออกจากข้อมูลความลับทางการค้าของนายจ้าง เพื่อให้ข้อมูลที่มาจากความรู้ ความชำนาญ ทักษะเฉพาะตัวของลูกจ้างได้รับการคุ้มครองเป็นความลับทางการค้าของลูกจ้าง และคดี *Dynamics Research Corp. V. Analytic Sciences Corp.*<sup>22</sup> เป็นกรณีของลูกจ้างที่ดำรงตำแหน่งทางเทคนิคหรือวิศวกรเป็นเวลานานในบริษัทนั้น จากสถานการณ์เช่นนี้ลูกจ้างมักจะมีการเพิ่มความรู้และทักษะของตนผ่านกระบวนการในการทำงาน แม้จะได้รับข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าของนายจ้างมาเพียงบางส่วนก็ตาม และคดีที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือ *Structural Dynamics Research*

<sup>20</sup>Miles J. Feldman, "Toward a Clearer Standard of Protectable Information: Trade Secrets and the Employment Relationship," *Berkeley Technology Law Journal* 9, 1 (February 1994): 161-173.

<sup>21</sup>*Advanced Technology Laboratories V. Siemens Medical Systems Inc.*, Rami Grunbaum, *Advanced Tech Takes Siemens to Court*, *Puget Sound Business Journal*, Dec. 17, 1993, at 1-4.

<sup>22</sup>*Dynamics Research Corp. V. Analytic Sciences Corp.*, 400 N.E.2d 1274, 1286-87 (Mass. App. 1980).

*Corp. V. Engineering Mechanics Research Corp.*<sup>23</sup> เป็นกรณีที่ดีตลกจ้างของ Dynamics ได้พัฒนาระบบที่จะใช้ในองค์ประกอบโครงสร้างของบริษัท ซึ่งการวิจัยทางวิศวกรรมนี้ผ่านความคิดริเริ่มจากตัวลูกจ้าง โดยลูกจ้างมีความสนใจในข้อมูลที่ใช้อย่างมาก เท่ากับว่าเป็นความรู้ ทักษะ และประสบการณ์ของลูกจ้าง และศาลเห็นว่ายังมีความรับผิดชอบต่อนายจ้างอยู่ หากภายหลังลูกจ้างได้กระทำการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นเทคโนโลยีเหล่านี้ เพราะลูกจ้างได้ลงนามในข้อสัญญาห้ามเปิดเผยความลับทางการค้าในสัญญาที่ชื่อว่า Employee Patent and Confidential Information Agreement ของบริษัทเนื่องจากนายจ้างได้ระบุเงื่อนไขในข้อสัญญาว่าห้ามมิให้ลูกจ้างทำการเปิดเผยข้อมูลแก่บุคคลภายนอก<sup>24</sup>

เมื่อพิจารณาจากความรู้ทั่วไป (General Knowledge and Skill) และความรู้ที่เป็นทักษะเฉพาะ (Specialized Knowledge) การพิจารณาว่าข้อมูลใดเป็นความรู้ทั่วไปหรือความรู้ที่เป็นทักษะเฉพาะ จึงจะต้องแบ่งแยกต่างหากออกจากกัน เพื่อเป็นประโยชน์ในการพิจารณาว่า ข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าของลูกจ้างนั้น มีพื้นฐานมาจากข้อมูลความรู้ประเภทใด อีกทั้งกรณีสิทธิในความลับทางการค้าของลูกจ้าง

ประการแรก สิทธิในความลับทางการค้าของลูกจ้างอาจมีขึ้นโดยความรู้ ความชำนาญที่เกิดจากการศึกษาเล่าเรียนมา หรือจากความรู้ที่ลูกจ้างได้พัฒนาระดับความคิดปรับปรุงให้ดีขึ้นได้ด้วยตนเอง แม้นายจ้างมักจะมีความกังวลกับลูกจ้างที่มีทักษะ ความรู้เป็นความลับทางการค้า เพราะการทำงานของลูกจ้างอาจมีความจำเป็นในการที่นายจ้างต้องให้ลูกจ้างใช้ความลับทางการค้าของนายจ้าง ด้วยการที่นายจ้างจะห้าม มิให้ลูกจ้างใช้ความลับทางการค้าของลูกจ้างเองที่มีติดตัวมานั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม ความสามารถในการที่นายจ้างจะป้องกันความลับทางการค้าจึงมีเพียงสิทธิในความลับทางการค้าของตัวเองเท่านั้น

ประการที่สอง สิทธินั้นเกิดจากความรู้ ความชำนาญระหว่างที่ลูกจ้างได้ทำงานกับนายจ้าง การจ้างงานระหว่างนายจ้างลูกจ้างตามตำแหน่งงานนั้น ส่วนใหญ่นายจ้างอาจมีการจัดอบรมก่อนลูกจ้างเข้าทำงานหรือระหว่างการจ้างงาน แม้ข้อมูลที่เป็นเทคนิคพื้นฐานของความลับทางการค้าจะเป็นที่รู้จักแพร่หลาย ในแต่ละบรรดาประเภทของบริษัท และแม้ว่าการทำงานของลูกจ้างจะเกิดประโยชน์ในการทำงาน แต่เพื่อประสิทธิภาพและคุณภาพของงาน นายจ้างจึงต้องให้ลูกจ้างเข้าถึงข้อมูลอันเป็นความลับของนายจ้าง แต่การที่ทักษะและประสบการณ์ของลูกจ้างเกิดขึ้นระหว่างการจ้างงานนั้น เป็นอิสระเฉพาะตัวของลูกจ้าง ที่จะใช้เวลาในการแสวงหาความรู้และพัฒนาเพิ่มเติมในภายหลัง ถือเป็นความลับทางการค้าของลูกจ้าง

<sup>23</sup>*Structural Dynamics Research Corp. V. Engineering Mechanics Research Corp.* 401 F. Supp. 1102, 1975 U.S. Dist. LEXIS 16275 (E.D. Mich. 1975).

<sup>24</sup>*Structural Dynamics Research Corp. V. Engineering Mechanics Research Corp. Id.* at 1114-1116 (1975).

แต่อย่างไรก็ดี การที่นายจ้างจะกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการห้ามมิให้ลูกจ้างใช้ความลับทางการค้าของลูกจ้าง เมื่อลูกจ้างพ้นจากการทำงานแล้ว เพราะถือว่าลูกจ้างนั้นมีสิทธิในทรัพย์สินที่เป็นความลับทางการค้าดังกล่าว เช่น การที่นายจ้างมีข้อตกลงกำหนดห้ามมิให้ลูกจ้างใช้ความลับทางการค้า ซึ่งเป็นของลูกจ้างเอง ภายหลังจากสิ้นสุดสัญญาจ้างแรงงานหรือกรณีที่ลูกจ้างลาออกจากงาน ย่อมถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แก่ลูกจ้าง อีกนัยหนึ่งเมื่อลูกจ้างเป็นผู้ต้องทำงานให้กับนายจ้างแล้ว ลูกจ้างไม่อาจใช้สิทธิในความลับทางการค้าที่จะหวงกันมิให้นายจ้างได้ใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าของตน แต่นายจ้างต้องคำนึงถึงลักษณะงานของลูกจ้างตามตำแหน่งที่ลูกจ้างได้ปฏิบัติงานอยู่ตามความเหมาะสมของการทำงานนั้น นายจ้างจึงไม่อาจใช้ความลับทางการค้าของลูกจ้างที่เกินขอบเขตการทำงานของลูกจ้างได้ ดังนั้น ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ของประเทศไทยนั้น คำนิยามของเจ้าของความลับทางการค้าจึงควรเพิ่มเติม ในกรณีที่ลูกจ้างสามารถโต้แย้งความเป็นเจ้าของความลับทางการค้าเนื่องมาจากการที่ลูกจ้างได้ใช้ความรู้ ความชำนาญ ประสบการณ์ ประกอบกับความวิริยะ อุตสาหะเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าอันเนื่องมาจากความลับทางการค้าของนายจ้าง เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายมีความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายเมื่อเกิดกรณีพิพาทถึงสิทธิในความลับทางการค้าของนายจ้างและลูกจ้าง

### 3.3 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบสัญญาจ้างแรงงานของคณะกรรมการความลับทางการค้า

การตรวจสอบสัญญาจ้างแรงงานที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าหรือสัญญาการรักษาความลับทางการค้านั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 กำหนดอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการความลับทางการค้าไว้ ซึ่งมีได้มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบสัญญาที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า เช่น ข้อสัญญาห้ามเปิดเผยความลับทางการค้า (Non-Disclosure and Confidentiality Agreement) ข้อสัญญาห้ามแข่งขัน (Non-Compete Agreement) อีกทั้งเจ้าของความลับทางการค้าส่วนใหญ่ ในฐานะที่เป็นนายจ้างนั้น อาจกำหนดข้อตกลงในสัญญาที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย แต่อีกนัยหนึ่งอาจทำให้เป็นการเอาเปรียบลูกจ้างจนเกินสมควร ในกรณีที่การจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างหรือสัญญาการรักษาความลับทางการค้า

เนื่องจากนายจ้างมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าลูกจ้าง ในปัจจุบันมีความเหลื่อมล้ำ ในบุคคลแต่ละระดับ ทำให้เกิดการเอาเปรียบและมีอำนาจต่อรองที่แตกต่างกัน ปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญาจึงกลายเป็นความไม่เป็นธรรมในกฎหมาย<sup>25</sup> ซึ่งหากมีข้อพิพาททางคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานนั้น ศาลจะเป็นผู้พิจารณาข้อกำหนดในสัญญาตามหลักนิติกรรมสัญญาทั่วไป และจะมีคำพิพากษาว่าฝ่ายใดเป็นผู้ผิดสัญญานั้นอาจกระทบถึงสิทธิของเจ้าของความลับทางการค้าในข้อมูลดังกล่าว และฝ่ายที่เสียหายจากการกำหนดข้อตกลงในสัญญาจะไม่ได้ได้รับความยุติธรรมเท่าที่ควร เพราะ

<sup>25</sup>จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” *ตุลพาท* 45, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2541): 77-154.

ความลับทางการค้านั้นเป็นทรัพย์สินทางปัญญาชนิดเดียวที่ไม่ต้องยื่นขอจดทะเบียนอีกทั้งยังมีระยะเวลาคุ้มครองตราบเท่าที่ยังคงเป็นความลับทางการค้าอยู่ซึ่งมีความเสี่ยงที่เจ้าของความลับทางการค้าจะได้รับ ความเสียหาย หากข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้นถึงขนาดเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล การเสนอแนะให้เพิ่มอำนาจของคณะกรรมการความลับทางการค้าเป็นอีกแนวทางหนึ่งที่สามารถลดจำนวนความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าที่ควรจะรักษาให้ยังคงเป็นความลับทางการค้าอยู่ และทำให้เป็นการเพิ่มมาตรการป้องกันความลับทางการค้าในรูปแบบสัญญา และหลีกเลี่ยงอำนาจต่อรองทางสัญญา โดยให้ความยุติธรรมเบื้องต้นแก่ผู้ที่เป็นฝ่ายต้องลงนามในข้อตกลงดังกล่าว

### 3.4 ปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานของนายจ้าง

เนื่องจากสัญญารักษาความลับทางการค้าเป็นสัญญาชนิดพิเศษที่นายจ้างและลูกจ้างได้ตกลงทำสัญญาฉบับนี้ กรณีนี้อาจเป็นการที่นายจ้างและลูกจ้างร่วมกันร่างสัญญารักษาความลับทั้งสองฝ่าย เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือเป็นความยินยอมจากลูกจ้างที่จะผูกพันตนเองในข้อตกลงที่ลูกจ้างมีหน้าที่รักษาความลับทางการค้าของนายจ้างภายใต้การจ้างแรงงาน ย่อมต้องถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายกล่าวคือ นายจ้างและลูกจ้างได้ทำสัญญาอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาซึ่งหลักการทำสัญญานั้นมีรากฐานแนวความคิดมาจากหลักเสรีภาพซึ่งบุคคลทุกคนควรมีอิสระในการจัดการผลประโยชน์ของตนเองด้วยวิถีทางของตนเอง (Every Man Should be Free to Pursue His Own Interest in His Own Why) เป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะต้องให้ความเป็นผลต่อเจตนาของคู่สัญญา และมีการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาที่น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ประกอบกับบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาขึ้นให้มีผลบังคับทางกฎหมายได้ สัญญาจึงเป็นข้อตกลงของบุคคลที่มีจุดมุ่งหมายก่อให้เกิดหนี้ เปรียบเสมือนเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ปฏิบัติตาม<sup>26</sup>

เมื่อคู่สัญญายอมรับในข้อตกลงดังกล่าว แม้ภายหลังจะพบว่าข้อตกลงบางข้ออาจเป็นการเอาเปรียบฝ่ายลูกจ้างมากเกินไปก็ย่อมผูกพันระหว่างนายจ้างและลูกจ้างแล้ว ส่วนในกรณีของสัญญาจ้างแรงงานและสัญญารักษาความลับทางการค้า อาจมีข้อตกลงพิเศษหรือกำหนดเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งต่างหากจากสัญญาดังกล่าวได้ เช่น สัญญาห้ามลูกจ้างประกอบอาชีพแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Clause or Non-Compete Agreements) หรือหลักการที่เป็นข้อโต้แย้งสิทธิที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้หลักการเปิดเผยที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ (Inevitable Disclosure)<sup>27</sup>

ในการพิจารณาประกอบกับสัญญาระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ในกรณีที่นายจ้างเดิมที่ถูกละเมิดความลับทางการค้า ซึ่งหลักนี้จะเป็นข้อยกเว้นว่าการกระทำของลูกจ้างนั้นไม่เป็นการละเมิดความลับทางการค้า ซึ่งนายจ้างจะต้องพิสูจน์ให้ศาลพอใจว่าข้อมูลที่นายจ้างอ้างว่าลูกจ้างได้กระทำละเมิดนั้นเป็นข้อมูลของนายจ้าง และลูกจ้างไม่มีความรู้ในข้อมูลเช่นนี้มาก่อน แล้วเปิดเผยด้วยเหตุที่ลูกจ้างไม่อาจหลีกเลี่ยงการเปิดเผยในลักษณะนี้ได้ เพื่อป้องกันการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

<sup>26</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, เรื่องเดิม, หน้า 1.

<sup>27</sup> สุรวุฑ กิจกุล, เรื่องเดิม, หน้า 130.

แก่ลูกจ้างจนเกินไป ดังในคดี *Christopher M's Hand Poured Fudge, Inc V. Hennon*<sup>28</sup> และ *Electro Optical Industries V. White*<sup>29</sup> กรณีสภาพบังคับของหลักการเปิดเผยที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ (Inevitable Disclosure) คือ แนวคิดที่เกิดจากความจำเป็นในการที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงการใช้ข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้า โดยให้สิทธิประโยชน์แก่อดีตนายจ้างในการใช้สิทธิเรียกร้องทางศาล เพื่อห้ามมิให้ลูกจ้างนั้น นำข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าของตนไปใช้อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในการทำงานของลูกจ้างในหน้าที่ใหม่หรือมีนายจ้างคนใหม่ โดยได้ปฏิบัติงานโดยอาศัยความลับทางการค้าของอดีตนายจ้าง

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศไทย จึงไม่สามารถนำหลักการเปิดเผย ที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ (Inevitable Disclosure) มาใช้บังคับได้ ด้วยเหตุประการที่ว่าหากศาลของประเทศไทย นำหลักนี้มาพิจารณาประกอบกับสัญญาห้ามลูกจ้างประกอบอาชีพแข่งขันกับนายจ้าง (Non-Compete Clause or Non-Compete Agreements) ย่อมจะขัดกับหลักกฎหมายในประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ตามมาตรา 14/1 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ ในการคุ้มครองในการทำสัญญาจ้างแรงงาน แม้สัญญาจ้างแรงงานจะมีข้อตกลงเกี่ยวกับการรักษาความลับทางการค้าของนายจ้างก็ตาม การที่นายจ้างมีข้อตกลงห้ามมิให้ลูกจ้างประกอบอาชีพแข่งขันกับนายจ้างนั้น ย่อมต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในสัญญา จะต้องปรับใช้บังคับตามมาตรา 14/1 เป็นอันดับแรก ซึ่งจากคำพิพากษาของประเทศไทยในเรื่องนี้ ศาลฎีกาพิจารณาในกรณีที่นายจ้างเพียงแต่ห้ามลูกจ้าง ในบริษัทมิให้ประกอบอาชีพแข่งขันทางการค้ากับนายจ้างเพียงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น จึงไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของลูกจ้างทั้งหมดเสียทีเดียว ข้อตกลงห้ามเช่นนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาห้ามไม่เป็นโมฆะ<sup>30</sup> ส่วนในประเด็นการที่นายจ้างห้ามมิให้ลูกจ้างประกอบอาชีพแข่งขันทางการค้ากับนายจ้าง เรื่องของระยะเวลาการห้าม นายจ้างอาจกำหนดข้อตกลงในสัญญาแนบท้ายสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งในระหว่างการจ้างงานหรือภายใน 5 ปีนับแต่สัญญาจ้าง สิ้นสุดลง ลูกจ้างจะต้องไม่ทำงานให้แก่บริษัทคู่แข่งทางการค้าหรือมีหุ้นในบริษัทคู่แข่งทางการค้าของนายจ้าง<sup>31</sup> ข้อตกลงดังกล่าวถือเป็นเพียงข้อจำกัดห้ามประกอบอาชีพอันเป็นการแข่งขันกับโจทก์ โดยระบุจำกัดประเภทของธุรกิจไว้อย่างชัดเจน มิได้เป็นการห้ามลูกจ้างประกอบอาชีพอันเป็นการปิดทางทำมาหากินได้อย่างเด็ดขาด<sup>32</sup>

หากสัญญาจ้างทำขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะใช้บังคับ ซึ่งในปัจจุบันมีการใช้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 14/1<sup>33</sup> ดังนั้น กรณีของสัญญาจ้างแรงงานที่มีข้อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน

<sup>28</sup>*Christopher M's Hand Poured Fudge, Inc V. Hennon*, 699 A.2d 1272, 1276 (Pa.Super. 1997).

<sup>29</sup>*Electro Optical Industries, Inc. V. White*, 1999 WL 1086467, at\*1 (Cal. Ct App. Nov.30, 1999).

<sup>30</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479. และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-9/2533.

<sup>31</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543.

<sup>32</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6075/2549.

<sup>33</sup>พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551, มาตรา 14/1.

จึงจะต้องมีผลบังคับตาม มาตรา 14/1 อีกทั้งท่านปัญญา สุทธิบดี<sup>34</sup> ได้ให้ความเห็นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1275/2543 กรณีการกำหนดระยะเวลาที่ให้โจทก์ห้ามจำเลย มีให้ทำงานกับบริษัทคู่แข่งภายใน 5 ปี เป็นโมฆะ ซึ่งในคดีดังกล่าวมีคำพิพากษาว่า การห้ามจำเลยมีให้ทำงานกับบริษัทคู่แข่งภายใน 5 ปีได้ไม่เป็นโมฆะ และความเห็นของท่านสมจิตร ทองศรี<sup>35</sup> ได้วิเคราะห์จากคดีที่ได้กล่าวมานั้นศาลวินิจฉัยัยในประเด็นว่า สัญญาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานไม่เป็นโมฆะ ส่วนข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงคาดได้ตามปกติหรือไม่ยังมีคำวินิจฉัยจากศาลซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 สัญญาจ้างระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเกี่ยวกับข้อบังคับการทำงานระเบียบหรือคำสั่งของนายจ้างที่ทำงานให้นายจ้างกับลูกจ้างเกินสมควร ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้สัญญาจ้างข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานระเบียบหรือคำสั่งนั้นมิผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

เนื่องจากก่อนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ใช้บังคับนั้นศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์ที่นายจ้างต้องการรักษาผลประโยชน์ของตนพอสมควรแก่เหตุหรือไม่ และจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนสัญญานั้นจึงไม่เป็นโมฆะแต่เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จึงต้องปรับบทกฎหมายตาม มาตรา 5 ซึ่งเป็นกรณีข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ส่วนข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้นั้น ให้พิเคราะห์ถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงในขณะที่ถูกจ้างทำงานอยู่นั้นได้ล่วงรู้ในความรู้อันเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ความลับทางการค้า หรือเทคโนโลยีอันเป็นความลับหรือไม่ และหากพื้นที่การค้าของลูกจ้างไม่ได้อยู่ในขอบเขตพื้นที่ของนายจ้างโดยสิ้นเชิง ถือว่าไม่ส่งผลกระทบต่อถึงนายจ้างเดิม เช่นนี้นายจ้างย่อมไม่สามารถกำหนดข้อห้ามดังกล่าวได้และแม้ว่าลูกจ้างจะเป็นผู้ล่วงรู้ความลับทางการค้า

ต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับข้อกำหนดการห้ามไม่ให้ลูกจ้างทำงานกับคู่แข่งหลังสิ้นสุดจากงานเป็นเวลาถึง 3 ปี ถือว่าเป็นข้อกำหนดที่ทำให้ลูกจ้างต้องรับภาระมากกว่าที่จะคาดหมายได้ตามปกติ จึงให้มีผลบังคับเพียง 1 ปี เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร ตาม

<sup>34</sup>ปัญญา สุทธิบดี, คำแนะนำการวินิจฉัยคดี ประกอบการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ เรื่อง มาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ของนางสาว สาตน์นิธิ งานประดับ, 27 พฤศจิกายน 2556.

<sup>35</sup>สมจิตร ทองศรี, คำแนะนำการวินิจฉัยคดี ประกอบการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ เรื่อง มาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าของนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ของนางสาว สาตน์นิธิ งานประดับ, 27 พฤศจิกายน 2556.



พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 มาตรา 14/1 การที่นายจ้างจะกำหนดระยะเวลาห้ามมิให้ลูกจ้างทำงานกับคู่แข่งของนายจ้างเดิมเกินกว่า 5 ปีนั้น ถือว่าขัดต่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 14/1 โดยสิ้นเชิง ซึ่งถือว่ามีผลบังคับยิ่งกว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกด้วย และแม้ว่านายจ้างจะกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน ระเบียบหรือคำสั่ง ที่ทำให้นายจ้างได้เปรียบลูกจ้างเกินสมควรก็ตาม ศาลก็ย่อมมีอำนาจบังคับตามสัญญาจ้างนั้นให้มีผลใช้บังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี นอกจากนี้ข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองความลับทางการค้าแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงสภาพและขอบเขตของบริษัทและการจ้างงานประกอบด้วย โดยเฉพาะต้องคำนึงถึงระยะเวลาของข้อกำหนดห้ามมิให้ประกอบอาชีพนานเกินสมควร แต่ก็มิได้หมายความว่าข้อห้ามมิให้ลูกจ้างประกอบอาชีพนั้นจะเป็นโมฆะเสมอไป<sup>36</sup>

#### 4. ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ดังต่อไปนี้

##### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้าตามสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง

มาตรการคุ้มครองความลับทางการค้าตามสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างมีความสำคัญอย่างมากในปัจจุบัน การแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมบทบัญญัติ ในส่วนที่เป็นมาตรการที่เจ้าของความลับทางการค้าจะต้องจัดทำสัญญาที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการรักษาความลับทางการค้าระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งอาจทำในรูปแบบสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญารักษาความลับทางการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อที่จะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งนอกจากจะมีมาตรการทางสัญญาเช่นนี้แล้ว สภาพของการดำเนินธุรกิจจะต้องมีมาตรการป้องกันทางกายภาพ คือ การจัดเก็บข้อมูลที่เป็นความลับไว้โดยเฉพาะ ซึ่งทำตราสัญลักษณ์หรือประทับตรา “ความลับ” และเก็บไว้ในเซตรักษาความลับเป็นพิเศษ รวมทั้งกำหนดระยะเวลาเพื่อปรับปรุงเนื้อหาความลับทางการค้า สำหรับบุคคลที่เกี่ยวข้องในการเข้าถึงความลับทางการค้าจะต้องเป็นบุคคลที่มีรายชื่อที่มีส่วนเกี่ยวข้องเท่านั้น ซึ่งขณะที่ลูกจ้างขอใช้ข้อมูลความลับทางการค้า ระบบการรักษาข้อมูลของบริษัทจะปรากฏสถานะการใช้ข้อมูลของลูกจ้าง และนายจ้างมีสิทธิในการติดตามการปฏิบัติงานการใช้ความลับทางการค้าของลูกจ้างโดยไม่ต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบก่อน

นอกจากแนวทางอันเป็นมาตรฐานการรักษาความลับทางการค้า แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้สัญญาจ้างแรงงานต้องทำเป็นหนังสือ ก็มีได้หมายความว่านายจ้างมีทางที่จะใช้มาตรการรักษาความลับทางกายภาพได้เพียงอย่างเดียว แม้ลูกจ้างที่มีข้อตกลงสภาพการทำงานกับนายจ้างเพียงวาจา มิได้ทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือ นายจ้างยังสามารถกำหนดข้อสัญญาพิเศษโดยเป็นสัญญาป้องกันความ

<sup>36</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 690/2552.

ลับทางการค้าหรือสัญญาอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายกันเช่นนี้ได้ เพื่อที่จะรักษาสิทธิและประโยชน์ในการใช้ความลับทางการค้าระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง อีกทั้งยังสามารถลดจำนวนข้อพิพาทในคดีละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าได้อีกทางหนึ่ง

#### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการได้มาซึ่งความลับทางการค้าของลูกจ้างจากการจ้างแรงงาน

ความในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มิได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในความลับทางการค้าระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง เพื่อให้บทบัญญัติมีความชัดเจนยิ่งขึ้น จึงใคร่ขอเสนอแนะเพิ่มเติมกฎหมาย ความหมายของคำนิยาม “เจ้าของความลับทางการค้า” แม้จะกำหนดขอบเขตของเจ้าของข้อมูลความลับทางการค้า แต่ไม่ได้กำหนดถึงความเป็นเจ้าของในฐานะลูกจ้างที่ได้พัฒนาความรู้ ทักษะ และประสบการณ์ที่มีอยู่ก่อนเข้าทำงานกับนายจ้าง หรือกรณีที่ได้พยายามค้นคว้าอย่างสม่ำเสมอในการพัฒนาความรู้และทักษะหลังจากที่ได้ทำงานกับนายจ้างแล้ว หรือจากการที่ลูกจ้างได้ทำงานกับนายจ้างเป็นระยะเวลาอันพอสมควรที่สามารถรวบรวมข้อมูลหรือประสบการณ์ต่างๆ ขณะที่มีการจ้างงาน

ในส่วนความหมายของเจ้าของความลับทางการค้า เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเพิ่มเติมลักษณะประเภทของความลับทางการค้าที่เกิดขึ้นจากความพยายามในการพัฒนาข้อมูลความรู้อันเป็นความลับทางการค้าได้ต่อไป และไม่ให้เกิดการโต้แย้งสิทธิของลูกจ้าง ในกรณีที่ลูกจ้างมีข้อมูลความลับทางการค้าและ ข้อสำคัญที่นายจ้างสามารถอ้างสภาพการจ้างแรงงานที่ลูกจ้างมีอยู่ เพราะความหมายของการเป็นลูกจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งข้อมูลความลับทางการค้าที่เกิดขึ้น ในฐานะลูกจ้างด้วยความรู้ ทักษะ และประสบการณ์จากการจ้างแรงงาน ให้สิทธิในความลับทางการค้านั้นเป็นของลูกจ้าง แต่นายจ้างมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากข้อมูลนั้นตราบเท่าที่ยังมีการจ้างงานอยู่ โดยลูกจ้างมีสิทธิที่จะได้รับบำเหน็จพิเศษ ในกรณีที่นายจ้างได้ใช้ความลับทางการค้า การขอรับบำเหน็จพิเศษให้เสนอต่อคณะกรรมการความลับทางการค้าโดยคำนึงถึงค่าจ้างความสำคัญของข้อมูล และประโยชน์ที่นายจ้างได้รับ

#### 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบสัญญาจ้างแรงงานของคณะกรรมการความลับทางการค้า

ในส่วนอำนาจของคณะกรรมการความลับทางการค้า มาตรา 21 ควรแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้คณะกรรมการความลับทางการค้า โดยใช้ดุลพินิจในการตรวจสอบข้อตกลงในสัญญาอัน

<sup>44</sup>หลักสุจริตเป็นอย่างยิ่งเป็นหลักที่กำหนดให้ ผู้เอาประกันภัยต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงที่มีผลต่อการรับประกันภัย หรือการกำหนดเบี้ยประกันภัย เนื่องจากข้อเท็จจริงเหล่านี้อยู่ในความรู้เห็นของผู้เอาประกันแต่เพียงฝ่ายเดียว (โปรดดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 865) หลักนี้ใช้บังคับทั้งก่อนและหลังการเกิดสัญญาประกันภัย หลักนี้บังคับให้ต้องเปิดเผยข้อความจริง (Disclosure) และการไม่แถลงข้อความเท็จ (Non-misrepresentation) และโปรดดูเพิ่มเติมเจริญชัย อัครพิริยอนันต์, “หลักความสุจริตอย่างยิ่งในสัญญาประกันภัยทางทะเล.” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 6, 3 (กุมภาพันธ์-มีนาคม 2555):

เกี่ยวกับข้อมูลความลับทางการค้าของนายจ้าง รวมถึงข้อตกลงที่ห้ามมิให้ลูกจ้างประกอบอาชีพแข่งขันทางการค้ากับนายจ้างด้วย เนื่องจากมาตรา 21 มิได้มีบทบัญญัติครอบคลุม ในประเด็นการตรวจสอบข้อสัญญาอันเกี่ยวกับข้อมูลความลับทางการค้า ในกรณีที่การจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างที่ได้ทำเป็นหนังสืออันมีข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า เนื่องจากนายจ้างมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าลูกจ้างอย่างมาก หากข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องนั้นถึงขนาดเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล การเสนอแนะให้เพิ่มอำนาจของคณะกรรมการความลับทางการค้าเป็นอีกแนวทางหนึ่งที่สามารถลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในข้อมูลอันเป็นความลับทางการค้าที่ควรจะรักษาให้ยังคงเป็นความลับทางการค้าต่อไป โดยเพิ่มเติมกรณีคณะกรรมการความลับทางการค้าให้มีการตรวจสอบข้อตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ในสัญญาที่มีรายละเอียดเกี่ยวข้องกับข้อมูลความลับทางการค้า รวมถึงมีอำนาจแก้ไขรายละเอียดในสัญญานี้ด้วย การกำหนดเพิ่มเติมอำนาจของคณะกรรมการความลับทางการค้า ย่อมทำให้เป็นการเพิ่มมาตรการป้องกันความลับทางการค้าในรูปแบบสัญญาและหลีกเลี่ยงอำนาจต่อรองทางสัญญา โดยให้ความยุติธรรมเบื้องต้นแก่ผู้ที่เป็นฝ่ายต้องลงนามในข้อตกลงดังกล่าว

#### 4.4 ปัญหาเกี่ยวกับสภาพบังคับทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานของนายจ้าง

สำหรับข้อตกลงที่นายจ้างและลูกจ้างจะต้องมีสภาพบังคับตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสัญญารักษาความลับทางการค้า โดยที่นายจ้างจะต้องไม่กำหนดข้อตกลงเป็นการเอาเปรียบลูกจ้างมากเกินไป ซึ่งเมื่อลูกจ้างยินยอมลงลายมือชื่อในข้อตกลงเช่นนั้น ถือเป็นการแสดงเจตนาที่จะผูกพันตนในการปฏิบัติตามสัญญา และสัญญาห้ามประกอบอาชีพแข่งขันกับนายจ้างนั้น จะต้องไม่มีข้อห้ามอันเป็นการจำกัดสิทธิของลูกจ้างที่จะประกอบอาชีพอย่างเด็ดขาด หากนายจ้างกำหนดข้อตกลงอันเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 มาตรา 14/1 แล้ว ย่อมไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย ย่อมหมายความว่า ศาลจะต้องพิจารณาสภาพบังคับของสัญญารักษาความลับทางการค้านี้ โดยจะต้องตีความตามหลักเสรีภาพ ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งสัญญารักษาความลับทางการค้า (Non-Disclosure Agreement) จะไม่นำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาใช้บังคับ

หากนายจ้างแม้จะกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน ระเบียบ หรือคำสั่งของนายจ้างที่ทำให้ให้นายจ้างได้เปรียบลูกจ้างเกินสมควรก็ตาม ศาลก็ย่อมมีอำนาจสั่งให้สัญญาจ้าง ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน ระเบียบ หรือคำสั่งนั้นมีผลใช้บังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี อีกทั้งแม้ข้อตกลงในสัญญาจะมีผลเป็นโมฆะบางส่วน ก็ไม่ทำให้สภาพบังคับของสัญญานั้นเสียไปทั้งหมด ศาลย่อมบังคับระหว่างคู่สัญญาได้เท่าที่เป็นธรรมตามความเหมาะสม

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับความลับทางการค้าของต่างประเทศแล้ว หากประเทศไทยได้แก้ไข เพิ่มเติม โดยศึกษาแนวทางจากสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐประชาชนจีน จะทำให้พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ยังมีประสิทธิภาพทันสมัยมากขึ้น

ทั้งนี้ เพื่อสรุปให้ชัดเจนยิ่งขึ้น จึงเสนอแนะโดยเปรียบเทียบเป็นตาราง ดังนี้

กฎหมายเก่า	กฎหมายใหม่
<p>1. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มีได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการของนายจ้างในรูปแบบของสัญญาการรักษาความลับทางการค้า (Non-Disclosure Agreement)</p>	<p>1. ควรกำหนดหลักเกณฑ์เป็นกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ในการทำสัญญาการรักษาความลับทางการค้าเพื่อเป็นแนวทางรักษาความลับทางการค้าให้คงอยู่ต่อไป</p>
<p>2. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 2.1 มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ “เจ้าของความลับทางการค้า” หมายความว่า ผู้ค้นพบ คิดค้น รวบรวม หรือสร้างสรรค์ข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า โดยมีได้เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อื่น หรือผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดสอบ หรือข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า และให้หมายความรวมถึงผู้รับโอนสิทธิตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย</p>	<p>2. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 2.1 มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ “เจ้าของความลับทางการค้า” หมายความว่า ผู้ค้นพบ คิดค้น รวบรวม หรือสร้างสรรค์ข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้า โดยมีได้เป็นการละเมิดสิทธิในความลับทางการค้าของผู้อื่น หรือผู้มีสิทธิโดยชอบในผลการทดสอบ หรือข้อมูลการค้าที่เป็นความลับทางการค้าหรือผู้รับโอนสิทธิ และให้หมายความรวมถึงบุคคลในฐานะลูกจ้างที่พิสูจน์ได้ว่าข้อมูลความลับทางการค้าดังกล่าว เกิดจากความคิตรีเริ่ม ความรู้ ทักษะ และประสบการณ์ของตนนอกเหนือจากความลับทางการค้าของนายจ้างตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย</p>
<p>2.2 สิทธิของนายจ้างในการใช้ประโยชน์จากความลับทางการค้าของลูกจ้าง และการให้บำเหน็จพิเศษของลูกจ้าง ในกรณีที่นายจ้างได้ใช้ความลับทางการค้าของลูกจ้าง ในพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มีได้บัญญัติไว้</p>	<p>2.2 ควรเพิ่มเติมเป็นบทบัญญัติในมาตราใหม่ หรือกำหนดหลักเกณฑ์ โดยเป็นระเบียบ กรมทรัพย์สิน ทางปัญญาโดยมีความว่า “...ข้อมูลความลับทางการค้าที่เกิดขึ้นในฐานะลูกจ้างด้วยความรู้ ทักษะ และประสบการณ์จากการจ้างแรงงาน ให้สิทธิในความลับทางการค้านั้นเป็นของลูกจ้าง แต่นายจ้างมีสิทธิในการใช้ประโยชน์จากข้อมูลนั้นตราบเท่าที่ยังมีการจ้างงานอยู่ ตามความในวรรคแรก ลูกจ้างมีสิทธิที่จะได้รับบำเหน็จพิเศษ ในกรณีที่นายจ้างได้ใช้ความลับทางการค้า การขอรับบำเหน็จพิเศษให้เสนอต่อคณะกรรมการความลับทางการค้า โดยคำนึงถึงค่าจ้าง ความสำคัญของข้อมูล และประโยชน์ที่นายจ้างได้รับ...”</p>

กฎหมายเก่า	กฎหมายใหม่
<p>3. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 21 คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้</p> <p>(1) เสนอความเห็นเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้า และนโยบายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เพื่อพิจารณานำเสนอคณะรัฐมนตรี</p> <p>(2) ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงและระเบียบตามพระราชบัญญัตินี้</p> <p>(3) โกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้าตามที่คู่กรณีร้องขอ</p> <p>(4) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ</p> <p>4. สภามงับคับทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานของนายจ้าง ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มิได้บัญญัติไว้</p>	<p>3. พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 มาตรา 21 คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้</p> <p>(1) เสนอความเห็นเกี่ยวกับนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองความลับทางการค้าและนโยบายเกี่ยวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้าต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เพื่อพิจารณานำเสนอคณะรัฐมนตรี</p> <p>(2) ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงและระเบียบตามพระราชบัญญัตินี้</p> <p>(3) โกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับความลับทางการค้าตามที่คู่กรณีร้องขอ</p> <p>(4) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ</p> <p>(5) ตรวจสอบข้อตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในสัญญาที่มีรายละเอียดเกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า รวมถึงมีอำนาจแก้ไขรายละเอียดในสัญญานี้ด้วย</p> <p>หากนายจ้างกำหนดข้อตกลงอันเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 มาตรา 14/1 แล้วยอมไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย ซึ่งสภามงับคับของสัญญาการรักษาความลับทางการค้านี้ โดยจะต้องตีความตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งสัญญาการรักษาความลับทางการค้า (Non-Disclosure Agreement) จะไม่นำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาใช้บังคับ</p>

**บรรณานุกรม**

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.
- ดารารพร ธีระวัฒน์. **กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, 2542.
- จรัญ ภัคดีธนากุล. “สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.” **ตุลพาท** 45, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2541): 77-154.
- ประสพสุข บุญเดช. “กฎหมายคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย.” **บทบัณฑิตย** 58, 2 (ธันวาคม 2545): 20.
- ปภาศรี บัวสุวรรณค์. “การคุ้มครองความลับทางการค้า ตามพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545.” **วารสารร่มไทรทอง** 12 (ธันวาคม 2545 – มกราคม 2546): 27-36.
- สุรวิฑู กิจกุลศล. “หลัก Inevitable Disclosure: บทเรียนจากประเทศสหรัฐอเมริกา (Inevitable Disclosure Doctrine: Experience From USA).” **วารสาร BU Academic Review** 2, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2546): 129-137.
- พีรพล ศรีสิงห์. “การให้ความคุ้มครองความลับทางการค้าในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.
- กระทรวงพาณิชย์. สำนักงานยุทธศาสตร์การพาณิชย์. **China Enterprise Classical Law Case Report** [Online]. Available URL: [http://www.chineselawclinic.moc.go.th/info/info\\_detail.php?idcont=9&idcontsub=540](http://www.chineselawclinic.moc.go.th/info/info_detail.php?idcont=9&idcontsub=540), 2556 (กุมภาพันธ์, 24).
- Advanced Technology Laboratories V. Siemens Medical Systems Inc., Rami Grunbaum, *Advanced Tech Takes Siemens to Court*, Puget Sound Business Journal, Dec. 17, 1993, at 1-4.
- Dessemontet, Francois. **Protection of Trade Secrets and Confidential Information** [Online]. Available URL: <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Protection%20Trade%20Secrets.pdf>, 2013 (August, 14).
- Feldman, Miles J. “Toward a Clearer Standard of Protectable Information: Trade Secrets and the Employment Relationship.” **Berkeley Technology Law Journal** 9, 1 (February 1994).

## คำพิพากษาศาลฎีกาน่าสนใจ

อาจารย์พิชญ์ วิทยารัฐ\*

“หากสิทธิของผู้ร้องสอดคือมีอยู่อย่างไรร่วมมืออยู่อย่างนั้นไม่ถูกระทบจากคำพิพากษาของศาล จึงไม่มีความจำเป็นต้องเข้ามาในคดี”

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1940/2546

โจทก์ฟ้องขอให้ขับไล่จำเลยพร้อมบริวารออกจากที่ดินและบ้าน แม้ศาลจะพิพากษาให้ขับไล่ จำเลยพร้อมบริวารก็จะไม่กระทบถึงสิทธิของผู้ร้องสอดในฐานะคู่สมรสในกรณีขายฝากของโจทก์จำเลย ตามที่ผู้ร้องสอดอ้างสิทธิของผู้ร้องสอดจะมีอยู่เพียงใดก็คงมีอยู่เพียงนั้น กรณีตามคำร้องของผู้ร้องสอดจึง มิใช่เป็น การจำเป็นเพื่อยังให้ได้รับความรับรอง คู่ครอง หรือบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ที่ศาลอุทธรณ์ ภาค 1 เห็นว่า คำร้องของผู้ร้องสอดไม่ต้องด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 57(1) นั้น ศาลฎีกาเห็นพ้องด้วยฎีกาของผู้ร้องสอดฟังไม่ขึ้น

### ข้อสังเกต

1. กรณีนี้เป็นการขายสินสมรสโดยไม่ได้รับความยินยอมจากภริยา ดังนั้น จำเลยที่เป็นสามี จึงไม่อาจขายในส่วนที่เป็นของภริยาได้ ขายได้แต่เฉพาะส่วนของตนเองเท่านั้น
2. เมื่อสามีไม่อาจขายในส่วนของภริยาได้ โจทก์ผู้ซื้อก็ไม่มีสิทธิได้ที่ดินในส่วนที่เป็นของภริยา ไป
3. การที่โจทก์ผู้ซื้อมาฟ้องจำเลยที่เป็นสามี แม้สุดท้ายจะชนะคดีก็ตาม ก็ไม่สามารถมาบังคับ เอาทรัพย์สินของภริยาได้
4. เมื่อโจทก์ผู้ซื้อ ไม่สามารถบังคับอะไรกับภริยาได้ สิทธิของภริยาที่มีอยู่ย่อมไม่ถูกระทบแม้ โจทก์จะชนะคดี สิทธิของภริยามีอยู่อย่างไรมีอยู่อย่างนั้น
5. ดังนั้นภริยาจึงไม่มีความจำเป็นที่จะเข้ามาในคดีนี้เพื่อให้ศาลรับรอง คู่ครอง หรือบังคับ ตามสิทธิ และไม่ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียร่วมกับจำเลยผู้เป็นสามีด้วย
6. ภริยาจึงไม่อาจยื่นคำร้องสอดได้ตามมาตรา 57(1) และ 57(2)

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8061/2555

โจทก์ฟ้องขอให้ขับไล่จำเลยออกจากที่พิพาทและเรียกค่าเสียหาย จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ ผู้ร้องสอดร้องเข้ามาเป็นคู่ความฝ่ายที่สาม แต่คำร้องของผู้ร้องสอดอ้างเพียงว่าผู้ร้องสอดครอบครองที่ดิน

\*อาจารย์ประจำภาควิชาระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บางส่วนโดยความสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของติดต่อกันเป็นเวลา 10 ปี จึงได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทบางส่วนโดยการครอบครองปรปักษ์ ผู้ร้องสอดมิได้กล่าวอ้างว่า ผู้ร้องสอดมีส่วนเกี่ยวข้องกับหรือมีส่วนได้เสียกับจำเลยแต่อย่างใดที่จะถือว่าเป็นคู่ความฝ่ายที่สาม ข้ออ้างของผู้ร้องสอดเป็นกรณีที่ผู้ร้องสอดตั้งข้อพิพาทโต้แย้งกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทกับโจทก์ทั้งสิ้น ไม่เกี่ยวกับคดีนี้ ผู้ร้องสอดมีสิทธิในที่ดินพิพาทอยู่เพียงใดคงมีอยู่อย่างนั้น หากศาลพิพากษาขับไล่จำเลยย่อมไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ร้องสอด ผู้ร้องสอดไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียในมูลแห่งคดี จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาเพื่อยังให้ได้รับความคุ้มครองคุ้มครองหรือบังคับตามสิทธิที่มีอยู่ คำร้องของผู้ร้องสอดไม่ต้องด้วยบทบัญญัติตาม ป.วิ.พ. มาตรา 57 (1) ผู้ร้องสอดจึงไม่มีสิทธิร้องเข้ามาเป็นคู่ความในคดีนี้

### ข้อสังเกต

1. การที่โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลย แล้วจำเลยไม่ได้ต่อสู้เรื่องกรรมสิทธิ์ หรือจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การนั้น จะไม่มีข้อประเด็นพิพาทว่ากรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นของใคร
2. เมื่อไม่ได้เป็นประเด็นข้อพิพาท เมื่อศาลพิพากษาคดีศาลก็จะไม่มีคำพิพากษาว่ากรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นของผู้ใด
3. คำพิพากษาจะมีผลไปถึงตัวจำเลยและบริวารเท่านั้นว่าจำเลยมีสิทธิอยู่ในที่ดินหรือไม่และศาลจะขับไล่จำเลยและบริวารหรือไม่ ผลของคำพิพากษานี้จะไม่มีผลถึงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน
4. ดังนั้น แม้ศาลจะตัดสินให้โจทก์ชนะคดีและขับไล่จำเลยออกไป ผู้ร้องสอดที่เป็นบุคคลภายนอกที่ครอบครองปรปักษ์ในที่ดินย่อมไม่มีผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาล
5. สิทธิของผู้ร้องสอดมีอยู่อย่างไรย่อมมีอยู่อย่างนั้น ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงไปไม่ว่าศาลในคดีนี้จะตัดสินอย่างไรก็ตาม
6. เมื่อผู้ร้องสอดไม่มีผลกระทบจากคำพิพากษาในคดีนี้ ผู้ร้องสอดจึงไม่มีส่วนได้เสียในมูลแห่งคดีไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาเพื่อยังให้ได้รับความคุ้มครองคุ้มครองหรือบังคับตามสิทธิที่มีอยู่ ไม่สามารถร้องสอดได้ตามมาตรา 57(1)





บทวิจารณ์หนังสือ

Book Review

โดย อ.เกษม ชูรัตน์

สุขภาพกับกฎหมาย

ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์

พ.ศ. 2555. 96 หน้า. สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ISBN 978-616-269-023-5

การประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 นิยามคำว่า “สุขภาพ” ไว้ในมาตรา 3 โดยให้หมายความถึงสุขภาพะทางกาย ทางจิต ทางปัญญา และทางสังคมโดยเชื่อมโยงเป็นองค์รวมอย่างสมดุล ดังนั้นคำว่า **กฎหมายสุขภาพ (Health Law) คือ กฎหมายที่คุ้มครองสุขภาพองค์รวมของประชาชน** ที่มีขอบเขตกว้างขวางมาก ไม่เฉพาะเกี่ยวกับการแพทย์และสาธารณสุขเท่านั้น แต่รวมเอากฎหมายหลายระบบเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ระบบกฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ เพราะกระบวนการยุติธรรมทั้งระบบเกี่ยวโดยตรงกับสุขภาพทางกาย ทางจิต ทางปัญญาและทางสังคม กฎหมายเกี่ยวกับระบบเศรษฐกิจทั้งหมด ก็ย่อมเกี่ยวข้องกับสุขภาพเช่นเดียวกัน ดังนั้นกฎหมายเกี่ยวกับสุขภาพจึงเกี่ยวข้องกับกฎหมายเกือบทุกระบบก็ว่าได้

หนังสือ สุขภาพกับกฎหมาย เขียนโดย ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายและด้านกฎหมาย เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการก่อตั้งศูนย์กฎหมายสุขภาพ และจริยศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่านเสนอว่าการปฏิรูประบบสาธารณสุขให้เป็นระบบการสร้างเสริมสุขภาพและมีบริการทางเลือกมากขึ้น ให้ประชาชนมีสุขภาพดีนั้น กฎหมายสุขภาพต้องแทรกซึมเข้าไปสู่ระบบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกักฎหมาย โดยกฎหมายสุขภาพมิได้เป็นเพียงกฎหมายฉบับเดียวโดด ๆ แต่แทรกซึมไปในกฎหมายที่เกี่ยวข้องเหล่านั้น

เนื้อหาของหนังสือ กฎหมายกับสุขภาพ ฉบับนี้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 3 ตอน (Part) ใหญ่ ๆ ดังนี้ ตอนที่ 1 ทิศทางการจัดหลักสูตรการบริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุขในอนาคต ผู้เขียนได้อธิบายถึงความหมายของกฎหมายสาธารณสุข บทบาทของกฎหมายในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน และขอบเขตของกฎหมายสาธารณสุขด้านต่าง ๆ อาทิเช่น กฎหมายวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข กฎหมายว่าด้วยอาหาร ยา เครื่องสำอาง เครื่องมือแพทย์ ฯลฯ

ตอนที่ 2 กฎหมายสุขภาพกับการพัฒนาระบบสาธารณสุขในประเทศไทย ผู้เขียนได้อธิบายให้พอเห็นภาพของกฎหมายสุขภาพที่ต้องมีบทบาทสำคัญในการปฏิรูประบบสุขภาพเข้าสู่การสร้างเสริมสุขภาพ และการปรับเปลี่ยนระบบบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข

ตอนที่ 3 สิทธิด้านสุขภาพ (The right in respect of health) ผู้เขียนได้อธิบายการยกร่างพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 และกล่าวถึงคำว่า สิทธิทางด้านสุขภาพ (The Rights in Respect of Health) ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 1) สิทธิที่จะเข้าถึงสุขภาพ (The Rights to Health) และ 2) สิทธิที่จะได้รับบริการด้านการแพทย์และสาธารณสุข (The Rights to Health Care) ซึ่งสิทธิทั้งสองนี้เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ หมวดที่ 1 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ด้านสุขภาพ ตั้งแต่มาตรา 5 ถึงมาตรา 12

โดยสรุปความหมายของสุขภาพได้พัฒนาออกไปตามลำดับ ประเทศไทยก็ได้พัฒนาแนวคิดเรื่องสุขภาพออกไปจนปรากฏค่านิยมในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ซึ่งปรากฏในหนังสือเล่มนี้ โดยผู้เขียนพยายามให้ผู้อ่านเข้าใจความหมายสุขภาพตามความหมายของวิชาการ มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอย่างไร ขอบเขตของกฎหมายสุขภาพและกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุขแยกได้ตรงไหน เนื้อหาในหนังสือ “สุขภาพกับกฎหมาย” นี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่านที่สนใจทุกท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับผู้สนใจศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญมากในประเทศไทย





พิมพ์ที่...สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง

Ramkhamhaeng University Press.

๒๐๘๖ ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ ๑๐๒๔๐

สำนักพิมพ์ โทร. ๐-๒๓๑๐-๘๗๕๗-๙ [www.rupress.ru.ac.th](http://www.rupress.ru.ac.th) สฟ. 15092